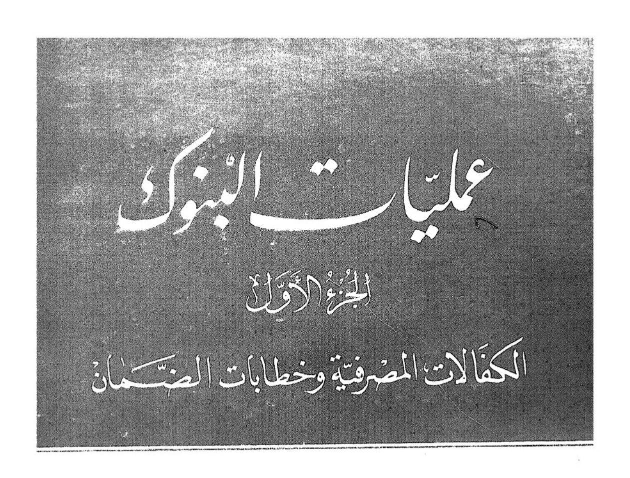


تأليف

القاضي

الدكتور محمود الكيلاني

١٤١٣هـ - ١٩٩٢م

عمليات البنوك

الجزء الاول

الكفالات المصرفية وخطابات الضمان

دراسة متعمقة للاعتماد المصرفي بالضمان
من الناحية القانونية
تشمل خصم وتحصيل ورهن
الأوراق التجارية

تأليف
القاضي
الدكتور محمود الكيلاني

١٤١٣هـ - ١٩٩٢م

الناشر : دار الجيب للنشر والتوزيع - عمان : الأردن
هاتف ٦٩٢٥٤٠ - فاكس ٦٩٢٥٤١ - ص.ب ٩٥٠٥٦٥

الطبعة الأولى

١٤١٣ هـ ـ ١٩٩٢ م

٩٠٫٣٤٦
محم   محمود الكيلاني
عمليات البنوك ، الكفالات المصرفية وخطابات الضمان / محمود الكيلاني .ـ عمان : (د.ن) ، ١٩٩٢
(٣٥٢) ص .
ر.أ (٢٤١/٤/١٩٩٢) .
١ ـ القانون ـ الكفالات المصرفية .
أ ـ العنوان
(تمت الفهرسة بمعرفة المكتبة الوطنية)

اهداءات ١٩٩٧
السفير/ هاني رياض علي
السفارة المصرية بالأردن

الطابعون
جمعية عمال المطابع
عمان ـ هاتف ٦٣٧٧٧١ ـ ص.ب ٨٥٧

بسم الله الرحمن الرحيم

ومِنْ أهْلِ الكتابِ مَنْ إنْ تأمَنْهُ بِقِنطارٍ
يُؤدِّهِ إليكَ ومِنهُم مَنْ إنْ تأمَنْهُ بِدينارٍ
لا يُؤدِّهِ إليكَ إلاَّ ما دُمْتَ عليهِ قائِماً ٠

صدق الله العظيم

سورة آل عمران
آية ٧٥

تصــديــر

اشتمل هذا المؤلف على الجزء الأول من عمليات البنوك الباحث في الاعتماد المالي بالضمان ، وناقشنا فيه الكفالات المصرفية وخطابات الضمان وعمليات البنوك في مجال الأوراق التجارية ٠

وخصص الباب الأول للحديث عن الكفالات المصرفية ، تلك الصكوك التي تصدرها البنوك لتضمن عملاءها في مواجهة دائنيهم ، وقلنا ان هذه الصكوك هي عقود تحكمها القواعد العامة في القانون من حيث ان الالتزام الناشيء عنها يتبع الالتزام الأصلي ٠

وميزنا بين الكفالات المصرفية ، وغيرها من العمليات التي تقوم بها البنوك ، وأوضحنا آثارها من حيث الالتزامات المترتبة على البنك في مواجهة دائني عميله ، وجزاء الاخلال بهذه الالتزامات ٠

وخصص الباب الثاني للحديث عن خطابات الضمان المصرفية ، تلك الصكوك التي تصدرها البنوك وتمثل احدى صور الكفالة المصرفية ، وقررنا انها تمتاز بخصائص لا توجد في الكفالة ، ومن هذه الخصائص ان الالتزامات الناشئة عن هذه الخطابات مستقلة عن الالتزامات التي كانت سبب نشوئها ، بالاضافة الى ان هذه الالتزامات منبتة الصلة بعقد الأساس ، وان التزام البنك مستقل وبات ونهائي ، ولا يجوز الامتناع عن الوفاء بقيمته رغم معارضة المدين المكفول ٠

وخصص الباب الثالث من هذه الدراسة لمناقشة عمليات البنوك في مجال الأوراق التجارية وفق ما ورد في قانون التجارة وهي الخصم والتحصيل والرهن ٠

ولم يفتنا ان نركز على النقص في التشريع واقترحنا في سياق الحديث أسلوب معالجة هذا النقص في نطاق الكفالات المصرفية وخطابات الضمان ، واستعنا بأهل الرأي والمشورة ونتوجه اليهم والى كل من قدم العون في انجاز هذا العمل بجزيل الشكر والتقدير ٠

المؤلف

عمان

الأول من حزيران ١٩٩٢

مقدمـــــات

١ ـ تعريف البنوك التجارية :

عرف قانون البنوك الأردني رقم ٢٤ لسنة ١٩٧١ البنك بانه « الشركة التي رخص لها بتعاطي الأعمال المصرفية وفق أحكام هذا القانون » ، وعرف ذات القانون الأعمال المصرفية بانها « جميع الخدمات المصرفية لا سيما قبول الودائع واستعمالها مع الموارد الأخرى للبنك في الاستثمار كلياً أو جزئياً بالاقراض أو بأية طريقة أخرى يسمح بها القانون »[١] .

وتقوم البنوك وفق التعريف القانوني بتعاطي الأعمال المصرفية وبشكل خاص قبول الودائع واستعمالها على نحو يتضح انها تقبل بصورة معتادة الودائع ذات الآجال ومنح الائتمان ، وتكون هذه الآجال قصيرة كما هو شأن عمليات البنوك التجارية وطويلة كما هو شأن عمليات البنوك غير التجارية التي تمارس عمليات تنمية الادخار والاستثمار المالي ، ويطلق على البنوك غير التجارية بنوك الأعمال[٢] أو بنوك الاستثمار وهذه تمارس أوجه مختلفة من النشاط الاقتصادي وتقوم بتمويل عمليات تجارية خارجية .

وتختلف بنوك الودائع التي تمثل القسم التقليدي من أقسام النظام الصرفي عن بنوك الأعمال والاستثمار ، في ان الأولى عبارة عن مؤسسات

---

(١) انظر نص المادة ٢ من قانون البنوك الأردني ونص المادة ٧٨ من القانون رقم ١٠ لسنة ١٩٨٥ لدولة الامارات العربية .

(٢) يطلق اصطلاح «بنوك الأعمال» على المؤسسات والشركات التي تمارس عمليات تتصل بتجميع وتنمية المدخرات لخدمة الاستثمار وفقاً لخطة تنموية وسياسات لدعم الاقتصاد الوطني وتمارس كذلك تمويل المشروعات وشركات الاستثمار ومنحها الائتمان الطويل الأجل ، انظر في هذا الموضوع د. محي الدين اسماعيل علم الدين : موسوعة أعمال البنوك ط ١٩٨٧ ص ١٩ ، د. محمد عجمية وصبحي تادرس : النقود والبنوك والتجارة الخارجية ط ١٩٦٧ ص ٤٥ وما بعدها .

تعمل في سوق النقد على نحو تتميز عملياتها بميزة خاصة هي سمة طابع الائتمان قصير الأجل بينما تتصف البنوك الأخرى بطابع الائتمان طويل الأجـــل[٣] .

وهكذا فان الوظيفة الرئيسية للبنوك التجارية هي قبول ودائع الأفراد والأشخاص من عُملة ومعادن ثمينة مقابل الحصول على عمولة ، وتطورت هذه الوظيفة بحيث أصبحت هذه البنوك تقدم لهؤلاء الأفراد والأشخاص القروض من ودائع تملكها أو من ودائع لا تملكها ، أو ودائع ليس لها وجود اساساً[٤] .

---

(٣) انظر د. محمد عجمية ، د. صبحي تادرس : المرجع السابق ، ص ٤٥ .

(٤) تمارس البنوك عمليات خلق النقود . انظر في هذا الموضوع المراجع المتخصصة في النقود والبنوك المرجع السابق د. حسين نجم الدين : تطور الاقتصاد الدولي ط ١٩٨٤ دار النهضة العربية القاهرة ، د. علي لطفي : التطور الاقتصادي ط ١٩٨٢ مكتبة الشباب القاهرة .

٢ ـ أهمية البنوك في النظام الاقتصادي :

النظام الاقتصادي في الدولة هو الأساس الذي تتبلور ضمن قواعدة الحياة بمناهجها المختلفة ، واذا كان النظام الاقتصادي العالمي يحدد العلاقات الاقتصادية فيما بين الدول من حيث التبادل التجاري والتجارة الخارجية والحماية الجمركية للبضائع الوطنية أو حرية المنافسة ، فان النظام الاقتصادية الوطني ، هو السياسة التي تتبناها الدولة من حيث اختيارها أحد الأنظمة العالمية السائدة « الرأسمالية ، الاشتراكية ، الشيوعية ، الاقتصاد الحر ، الاقتصاد الموجه ، الاقتصاد المقيد » ٠

ولا شك ان أهمية البنوك في الدولة تختلف تبعاً لاختلاف النظام الاقتصادي فيها ، ونحن لا ننوي الخوض في الحديث عن الأنظمة الاقتصادية المختلفة وأثر البنوك التجارية في كل نظام ، لخروج هذا الموضوع عن نطاق دراستنا ، الا اننا مع ذلك سنبين أهمية هذه البنوك في الحياة الاقتصادية على أساس ان لها دوراً هاماً وبارزاً في اقتصاديات الدولة ، ذلك انها قامت ومنذ أمد طويل بتوفير المال اللازم لعملائها لغايات التجارة وسهلت لهم الوفاء بما يستحق عليهم عن طريق سحب كمبيالات مؤجلة الوفاء ، هذا وأصبح العمل المصرفي فناً يقوم بدور جديد أمكن من خلاله ابتداع عملية خلق النقود ٠ واعتاد الناس قبول التزامات البنوك بديلاً عن النقود في الوفاء ، وتطورت أعمال البنوك وتطورت أهمية الدور الذي تقوم به بتطور الفن المصرفي ذاته ، ذلك ان القروض التي باشرتها البنوك لعملائها كأول وظيفة لم تعد تمارسها بصورتها التقليدية ، انما ابتكرت وسائل جديدة ، وأصبح الائتمان المصرفي يظهر بصورة كبيرة متجددة تتمثل بتمويل التجارة الخارجية ، كالاعتمادات المستندية ، وفتح التسهيلات عن طريق إعارة التوقيع كما في الكفالات المصرفية وخطابات الضمان ، وتمويل المشروعات الداخلية والخارجية كما في الحساب الجاري والقروض وخصم الأوراق التجارية(١) ٠

---

(١) انظر د٠ سميحة القليوبي : القانون التجاري عمليات البنوك ـ الأوراق التجارية ط ١٩٨٦ ص ٥ دار النهضة العربية ، وتقول « ٠٠٠ فبعد ان كانت البنوك تقتصر وظيفتها على عمليات الصرف وتجارة النقود ، اصبحت في الوقت الحاضر معيناً لتمويل المشروعات ومحلا لايداع الصكوك والنقود فضلا عن كونها مصدراً للائتمان » ٠ وراجع سويلم نصير . الكفالة المدنية والكفالة المصرفية ٠ محاضرات غير منشورة ٠

٣ ـ الوظائف الاقتصادية للبنوك :

تقوم البنوك بوظائفها الاقتصادية مهما كان النظام الذي يسري في الدولة ، ذلك لانها الجهاز الفاعل المؤثر في اقتصاد البلاد بصرف النظر عن النظام الاقتصادي « رأسمالي أم اشتراكي أم غير ذلك » ٠

ولأهمية دور البنوك في الاقتصاد من خلال الوظائف التي تقوم بها والأعمال التي تمارسها ، ونظراً لما تؤثره البنوك في الانتاج والتداول ، فقد سعت بعض الدول الى زيادة الاهتمام بالرقابة على نشاط بعض البنوك ، كما لجأت غيرها الى تأميم البنوك لاعادة سيطرتها على الحياة الاقتصادية ٠

ونظام البنوك يعد وليد التطور الاقتصادي والاجتماعي ، وابتدأ هذا النظام بفكرة النقود في العصور الوسطى التي بدأت بفكرة الصراف الذي يزيد دخله من مبادلة العملات ، الى ان ظهرت فكرة ايداع النقود الزائدة عن حاجة التجار لدى جهة موثوقة ظهر على أساسها فكرة سحب هذه النقود في أي وقت بموجب شهادات يصدرها البنك تثبت قيامهم بوضع النقود وديعة في البنك ، وكانت هذه الشهادات في باديء الأمر اسمية ويتم تداولها عن طريق التنازل عنها ، وتطورت فكرة الشهادات لتصبح لحاملها بحيث تنتقل من يد الى أخرى بالتسليم[١] ٠

لذا فان وظائف البنوك يمكن اجمالها في قبول الودائع واقراض الودائع بالاضافة الى اقراض أموالها الخاصة ، ويمكن اعتبار وظيفتي القبول والاقراض مرحلة واحدة في وظائف البنوك ، كما ان البنوك ونتيجة التطور المصرفي أصبحت تقدم لعملائها قروضاً من ودائع ليس لها وجود لديها وهو ما يعرف بعملية خلق النقود ، وهذه من أهم وظائف البنوك التجارية وقامت بهذه الوظيفة كنتيجة لقيامها بالوظيفتين السابقتين ، أي قبول الودائع واقراضها ، وتطورت بعد ذلك عمليات البنوك لتؤدي من خلالها

---

(١) انظر د٠ محمد عجمية وصبحي تادرس : المرجع السابق ، ص ٤٦ ويقول « ويمكن ان تلاحظ ان أوراق البنكنوت التي تصدرها البنوك المركزية في الوقت الحاضر هي احفاد لتلك الشهادات لحاملها التي كان يصدرها الصيرفي في العصور الماضية » ٠

هذه البنوك وظائف اقتصادية هامة أصبحت معياراً يقاس به تقدم الدولة وثراؤها بسرعة واتساع نشاط البنوك فيها ، فأصبحت تقوم بوظيفة الائتمان على نطاق واسع تعدي اقليم الدولة الى دول العالم .

ولاننا لا نتناول دراسة البنوك من الناحية الاقتصادية على أساس ان هذا الموضوع يخرج عن نطاق دراستنا فضلاً عن ان هذه المواضيع لها علمها الخاص بها بأصوله وقواعده ونظرياته ، فاننا سنوجه دراستنا نحو موضوعات ذات صلة مباشرة بعمليات البنوك ليس من ناحيتها الاقتصادية بل من ناحيتها القانونية ، لان الحديث عن عمليات البنوك من الناحية القانونية ذو تأثير هـام في نشاط هذه البنوك مـن النواحي الاقتصادية والمالية والتجارية .

ولعل الوظيفة الهامة التي تضطلع بها البنوك في التنظيم الاقتصادي الحديث هي الائتمان المصرفي وهذه الوظيفة أصبحت تشكل أسلوباً مبتكراً يؤدي بفعالية دوراً هاماً في الاقتصاد لا يمكن الاستغناء عن اللجوء اليه في تمويل مختلف المشاريع الاقتصادية(٢) ذلك ان البنوك التي كانت فيما مضى مقتصرة على أعمال الصرف وتجارة النقود (وقبول الودائع واقراضها) أصبحت اليوم تشكل ضرورة في حياة كل شخص .

ولا يخفي دور البنوك وأهميته على الصعيد الاقتصادي ، اذ انها تمد يد العون والمساعدة للدولة في الازمات ، وتسهم في انجاح تنفيذ السياسات الاقتصادية التي تتبناها الدولة وانه لا يمكن تجاهل خطورة عرقلة تنفيذ خطط التنمية الاقتصادية في الدولة ، اذا ما وجهت البنوك طاقاتها الائتمانية الى تحقيق غايات تتعارض والأهداف التنموية للدولة ، ولا غرابة في القول بان البنوك باتت تنوب عن الدولة في تنفيذ سياستها الاقتصادية(٣) .

---

(٢) انظر

Vasseur Michel : Banquier en 1983 (2) Revue Banque Mars 1983 no 426 P. 281.

(٣) د. محمود مختار البريري : المسؤولية التقصيرية للمصرف ط ١٩٨٦ ص ٦ .

٤ ـ التطور التاريخي للبنوك في الأردن :

الجهاز المصرفي كتلة من القواعد والحسابات والوسائل والخدمات تقوم بها مجموعة من البنوك ضمن أطر وسياسات نقدية واقتصادية منظمة وفق أحكام القانون ، واذا كانت كلمة بنك تستعمل مجازاً للدلالة على معان لا تعنينا في هذه الدراسة كبنك الدم وبنك المعلومات وبنك العيون ، فان البنوك التي تعنينا هي التي تباشر نشاطاً اقتصادياً وتجارياً حتى ولو كان نوع هذا النشاط مقصوراً على بنك دون آخر كبنك تنمية المدن والقرى وبنك الانماء الصناعي ، والمؤسسات المالية المتخصصة بالنشاط الزراعي أو الحرفي وغيرها ٠

ويوجد على قمة الجهاز المصرفي منشأة تعلو ذلك الهرم الاقتصادي الضخم تشرف عليه وتقوم بوظائف خاصة بها كاصدار أوراق النقد ، وسندات القروض العامة (سندات الدين العام) وتنظيم الائتمان والرقابة على النقد والعمليات المصرفية وهذه المنشأة هي البنك المركزي[١] ٠

أما تطور البنوك في الأردن فلا نرى انه ابتدأ في الظهور الا في منتصف العشرينات عندما افتتح البنك العثماني فرعاً له في عمان عام ١٩٢٥[٢] وتلا ذلك افتتاح فرع البنك العربي في عمان عام ١٩٣٤ وآخر في اربد عام ١٩٤٣ وبعد صدور قانون النقد عام ١٩٤٩ عقب استقلال المملكة تشكل مجلس النقد الأردني وأصبح يمارس سلطة اصدار أوراق النقد فاصدر وحدة النقد من فئة الدينار الذي طرح للتداول في ١/٧/١٩٥٠ ٠

وكنتيجة لاحتلال فلسطين نقل البنك العربي مركزه الرئيسي الذي تأسس عام ١٩٣٠ في القدس الى عمان ، كما افتتح البنك البريطاني للشرق الأوسط فرعاً له في عمان ، وتبعة بنك الأمة حيث افتتح فرعاً

---

(١) للمزيد انظر د٠ عدنان الهندي ومحمد جاسر : نشأة وتطور التشريع المصرفي في الأردن ط ١٩٨٢ ص ٧ وما بعدها ٠

(٢) د٠ محمد سعيد النابلسي : الجهاز المصرفي في عهد امارة شرق الأردن وحتى انشاء البنك المركزي (١٩٢١ ـ ١٩٦٤) بحث غير منشور ويقول « اما قبل ذلك التاريخ فقد اختصر تواجد المؤسسات المصرفية في شرق الأردن على فروع المصرف الزراعي في كل من اربد والسلط والكرك » ٠

في عمان بعد ان تعثرت أعماله في فلسطين نتيجة الاحتلال ، وفي عام ١٩٥١ افتتح البنك العقاري العربي فرعاً له في عمان كما تأسس بنك الانشاء الأردني ، وتبعة البنك الأهلي عام ١٩٥٥ وبنك الرافدين عام ١٩٥٧ وبنك الأردن وبنك القاهرة عمان عام ١٩٦٠ وكان بنك البترا قد افتتح له فرعاً في عمان عام ١٩٥٨ ، وبعد السبعينات ظهرت الحاجة لرؤوس الأموال من الخارج ، وظهر معها التوجه لاستقطاب البنوك الأجنبية لافتتاح فروع لها في الأردن[٣] .

وتم افتتاح فروع بنك المشرق عام ١٩٧٢ وسيتي بنك عام ١٩٧٤ وبنك الاعتماد والتجارة الدولي عام ١٩٧٥ وبنك تشيس مانهاتن عام ١٩٧٦.

كما تم افتتاح البنك الأردني الكويتي عام ١٩٧٧ وبنك الأردن والخليج وبنك البتراء وبنك الاستثمار العربي عام ١٩٧٨ وتلا ذلك البنك الاسلامي الأردني للاستثمار والتمويل عام ١٩٧٩ .

وتم انشاء المصرف السوري الأردني عام ١٩٨٠ وبنهاية عام ١٩٩٠ كان عدد البنوك التجارية العاملة في الأردن خمسة عشر بنكاً ، ثمانية بنوك وطنية وسبعة أجنبية ، ويوجد بالاضافة الى ذلك أربعة بنوك استثمار هي بنك الاستثمار العربي والبنك الأردني للاستثمار والتمويل ، وبنك عمان للاستثمار وبنك الأعمال وبنكان اسلاميان هما البنك الاسلامي الأردني والبنك الوطني الاسلامي .

وتمارس هذه البنوك أعمالها في المملكة من خلال شبكة فروع بلغت بنهاية عام ١٩٩٠ ، ١٨٣ فرعاً بالاضافة الى مراكزها الرئيسية ، ٩٧ فرعاً في العاصمة عمان ، ١٣ فرعاً في اربد ، ١١ فرعاً في الزرقاء ، ٩ فروع في العقبة ، و ٥٣ فرعاً موزعة على مدن المملكة الأخرى[٤] .

هـذا بالاضافة الى بنـك الاسكان وفروعه ، وبنك تنميـة المـدن والقرى ، وبنك الانماء الصناعي والبنك التعاوني والمؤسسات المالية غير البنكيـة .

---

(٣) المرجع السابق .

(٤) د. محمد سعيد النابلسي : المرجع السابق ، ص ٣٤ وما بعدها .

٥ ـ التعريف بعمليات البنوك :

تنوعها وتجددها :

عمليات البنوك تعني مختلف أنواع النشاط التي تقوم بها هذه البنوك ، والنظام المصرفي يقوم غالباً على فكرة التخصص كأن تقوم بعض البنوك بعمليات الائتمان الصناعي وغيرها الائتمان العقاري والبعض الآخر يضطلع بالجانب الأكبر من النشاط كالبنوك التجارية التي تمارس مختلف أنواع النشاط ابتداء بقبول الودائع واقراضها ، الى منح التسهيلات المصرفية بصورها المتعددة كالقروض النقدية والاعتماد البسيط وخصم الأوراق التجارية ، والاعتمادات المستندية ، والكفالات المصرفية الداخلية والخارجية، وخطابات الضمان ، واعتمادات الخزينة العامة ، والاعتماد بالتوقيع ، والضمان الاحتياطي المصرفي والتحويل وغيرها من الخدمات المصرفية كخدمة الصرف الأجنبي والأوراق التجارية مثل الخصم والتحصيل والرهن(١) .

واذا كانت التشريعات لم تتصدى الى تعريف البنك على نحو تبين بدقة اختصاصاته ونشاطاته وأوجه العمليات والخدمات التي يمارسها ، فان الفقه رغم عدم التصدي لتعريف البنك وضع الأساس الذي ينبني عليه القول بوجود البنك ، وهذا الأساس هو الخصائص التي قررها الفقه بحيث اذا توافرت في مؤسسة ما ، فان هذه المؤسسة تعتبر بنكاً ، وتمثل هذه الخصائص الحد الأدنى وفق ما يلي :

١ ـ قبول النقود من العملاء على شكل وديعة .

٢ ـ تحصيل الشيكات واجابة أوامر العملاء .

٣ ـ فتح حسابات جارية .

ومع ذلك فانه لا يؤثر على البنك الذي يتوافر فيه الحد الأدنى القول بانه يمارس عمليات أخرى لا تندرج في قائمة ذلك الحد ، لان دور

---

(١) انظر د. علي جمال الدين عوض : عمليات البنوك من الوجهة القانونية ط ١٩٨٩ ص ٩ . وكتابنا ، القانون التجاري الأردني . الأوراق التجارية ط ١٩٩٠ ص ٥٣ وما بعدها .

البنك لم يعد مقصوراً على قبول الودائع واقراضها ، بل تعداها الى فتح الاعتماد الذي لا يعتمد على رأس ماله فحسب بل على كل موارده ، وهي تشمل بالاضافة الى رأس المال الودائع والرصيد الدائن في الحسابات الجارية وقيمة الوعود المبنية على الثقة ، وهذه الأخيرة يمنح البنك عملاءه نقوداً لا يملكها ولا يملكها المودعون ، وتتم هذه العملية الائتمانية عندما تصل الثقة بالبنك الى درجة اليقين الكامل في انه يلبي حالاً ودائماً طلبات عملائه على نحو يستطيع معه العميل ان يقول انه يملك النقود التي وعده البنك بدفعها وهو بذلك لا يقبضها مكتفياً بالحصول على دفتر شيكات وأساس ذلك الثقة(٢) .

والعمليات التي تقوم بها البنوك خدمة لعملائها متجددة ومتطورة بما يتلائم وحاجة العملاء وتتناسب مع الاعراف المصرفية والأصول المتبعة في التجارة الخارجية .

لذا فان هذه العمليات لا تقع تحت حصر لانها كثيرة التنوع تبعاً لمتطلبات التجارة والتعامل المصرفي ، ورغم كل ما قيل انها تتم في اطار العلاقات العقدية التي يرتبط بها العميل والبنك ، الا انه من الصعوبة البالغة ادراج عقود التسهيلات البنكية التي يمنحها البنك لعميله على شكل اعتمادات أو ضمانات بالتوقيع أو بالقبول تحت التصنيفات التقليدية في القانون المدني ، لانه اذا كان عقد القرض يضم حالات متعددة من مجمل العمليات التي يقوم بها البنك فانه يستعصى عليه ان يطوي عمليات أخرى ضمن نطاقه كعقد فتح الاعتماد المستندي أو خطابات الضمان . وتجدر الاشارة الى ان عمليات البنوك المتنوعة التي نتحدث عنها ضمن اطار الائتمان المصرفي تعنى عمليات البنوك التجارية ذات الائتمان القصير الأجل ، بما يخرج من نطاق البحث تلك العمليات التي تقوم بها بنوك الأعمال وتمنح ائتمانها لعملائها لآجال طويلة .

---

(٢) انظر د. علي البارودي : العقود وعمليات البنوك التجارية ط ١٩٨٨ ص ٢٩٨ .

وصور الائتمان المصرفي قصير الأجل تتشكل وتتغير وتتبدل تبعاً لما يبتدعه العمل المصرفي تلبية لمتطلبات التجارة ، وان أهم هذه الصور يبدو في الوقت الحاضر في الاعتماد المستندي والحساب الجاري والضمان الاحتياطي وخطابات الضمان والكفالات المصرفية ، واعارة التوقيع وخصم الأوراق التجاررية ورهنها وتحصيلها[٣] ·

وهذه العمليات يمكن وضعها في طائفتين **الأولى** يوضع على اساسها مبلغ الاعتماد تحت تصرف العميل فعلاً بما يمكنه من استغلاله فوراً ، وتشمل هذه الطائفة عمليات القرض والخصم والحساب المكشوف · **والثانية** لا يضع البنك تحت تصرف العميل مبالغ نقدية ولا يخرج من خزينته نقوداً مكتفياً باعارة توقيعه أو سمعته التجارية بغرض تعزيز ائتمان عميله لدى دائنه ·

لذلك فان عمليات الائتمان في اطار هذه الطائفة ذات فائدة كبيرة للبنك من جهة ولعميله من جهة أخرى ، وهي بالنسبة للبنك حصوله على الفائدة والعمولة دون ان يخرج نقوداً من خزائنه كما هو شأن عمليات خطابات الضمان والكفالة المصرفية وهي بالنسبة للعميل تشكل ضمانة يطمئن لها دائنوه على نحو يحصل على الأجل الذي ينشده كما هو شأن الكفالة المصرفية التي يقدمها البنك ويتعهد بموجبها دفع مبلغ من النقود ·

---

(٣) انظر في خصم وتحصيل ورهن الأوراق التجارية ·
د· علي جمال الدين عوض : المرجع السابق ، ص ٧٢٩ وما بعدها ·
والمؤلف الأوراق التجارية ط ١٩٩٠ ص ٥٤ وما بعدها ·

٦ ـ نشأة الائتمان المصرفي وتطوره :

يشكل الائتمان المصرفي وسيلة فعالـة لتمويل مختلف المشاريع الاقتصادية ، التجارية منها والصناعية عندما يعز على الأشخاص توفير احتياجات هذه المشاريع من الأموال لانشائها ٠

وان ما يعنيه الائتمان المصرفي وفق الاعراف المصرفية يظهر في توفير السيولة النقدية اللازمة لانشاء المشاريع كاصدار خطابات الضمان والكفالات المصرفية والحساب الجاري والاعتماد المستندي ٠

واذا كان دور البنوك في السابق اقتصر على مبادلة النقود عن طريق ممارسة أعمال الصرف والمتاجرة بها ، فان دورها في الوقت الحاضر أعم وأهم بعد ان صارت تمثل ضرورة ملحة في حياة كل فرد ، لانها اقدر على اشباع حاجة الأشخاص من المال اللازم حيناً وتمتعها بالثقة حيناً آخر لان البنوك تجار سلعتهم النقود وثقة الناس بهم ، على نحو تتحول هذه الثقة الى سلعة تقدم الى العملاء كما تقدم النقود ٠

ولعل أهمية الدور الذي تقوم به البنوك في الائتمان المصرفي يجعلنا نقول ان للبنوك هيمنة واسعة في توزيع الائتمان على المشاريع على نحو يمكن البعض من النهوض والنجاح عندما تبسط له هذه البنوك يدها ، والاحباط والفشل للبعض الآخر اذا قبضت هذه اليد[١] ٠

وتأسيساً على تطور الخدمات التي تقدمها البنوك وتنوعها فان هناك بعضاً منها اقتصر على نوع واحد من العمليات الكثيرة المتعددة التي تقدم للعملاء في حين اختص البعض الآخر بأنواع كثيرة من هذه العمليات ٠

ونجـد ان بعض البنوك وتسمى المتخصصة تقوم بنوع محدد مـن الخدمات على شكل نشاط اقتصادي تحدده نصوص انشائها ، في حين ان

---

(١) انظر د٠ محمود مختار : المسؤولية التقصيرية للمصرف ط ١٩٨٦ ص ٤ وما بعدها ٠
د٠ بضراني نجاة : الائتمان المصرفي بطريق التوسيع رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة ١٩٨٧ ص ٣ ٠

البعض الآخر من هذه البنوك والمتخصصة بالاستثمار تقوم بعمليات متنوعة ذات علاقة بتجميع وتنمية الودائع لخدمة الاستثمار وفقاً لخطط التنمية الاقتصادية وسياسات دعم الاقتصاد الوطني ، ويجوز لهذه البنوك ان تنشيء شركات استثمار تزاول بعض أوجه النشاط التجاري ولها تمويل عمليات خارج البلاد[٢] .

والأردن ومنذ ان تبنى قاعدة ١ = ١ في أصدار النقد بعد انتهاء الحرب الثانية على اساس انه كان يحتفظ بأرصدة أجنبية تساوي الأوراق النقدية الضرورية للتداول ، سعى لتثبت الأساس المتين للاقتصاد الأردني والنظام المصرفي فيه ، الا انه منذ عام ١٩٤٨ تعرض وبصورة متوالية لهزات أصاب الاقتصاد النصيب الاكبر من آثارها ، مثل نزوح اللاجئين عام ١٩٤٨ ووحدة الضفتين ١٩٥٠ والاحتلال الاسرائيلي ١٩٦٧ والازمات التالية في الأعوام ١٩٧٠ ــ ١٩٧٥ حيث ابتدأت احداث لبنان والازمة الاقتصادية الأردنية عام ١٩٨٨ وازمات البنوك الذاتية التي نشأت عن مخاطر الائتمان مثل ازمة بنك البتراء[٣] ، والأردن والخليج ، والمشرق ، والمصرف الأردني السوري ، وبنك الاعتماد والتجارة ، وكل هذه الازمات المتلاحقة أثرت بصورة مباشرة على الاقتصاد وأدت الضغوط الكبيرة على الدينار الى تخفيضه عام ١٩٨٩ بنسبة ٢٦ر٤٪ كما ارتفع مقياس تكاليف المعيشة ارتفاعاً زاد عن ٢٥٪ وتراجع معدل النمو في الناتج القومي ، وتعرضت نتيجة لذلك شركات ومؤسسات مالية الى نكسات عصفت بالبعض منها وأثرت سلبياً على البعض الآخر بان عرضتها لخسائر كبيرة[٤] .

---

(٢) انظر تفصيلا د٠ علي جمال الدين عوض : عمليات البنوك من الوجه القانونية ط ١٩٨٩ ص ١٠ .

(٣) انظر د٠ محمد سعيد النابلسي : انتشار ظاهرة المخالفات المصرفية وضرورة التصدي لها ٠ مقدمة عامة القيت بندوة المخالفات المصرفية المنعقدة في عمان من ٩ ــ ١٤ حزيران عام ١٩٩٠ ٠ د٠ جواد العناني : حالة بنك البتراء ٠ دراسة مقدمة الى الندوة ٠ المرجع السابق ص ١٧٩ ٠

(٤) انظر د٠ محمد سعيد النابلسي . المرجع السابق . ص ٣٤ ٠

٧ ـ تجارية عمليات البنوك :

تنص المادة السادسة من قانون التجارة الأردني رقم ١٢ لسنة ١٩٦٦ على ان أعمال الصرافة والمبادلة المالية ومعاملات المصارف العامة والخاصة تعد تجارية بحكم ماهيتها الذاتية(٥) .

ويستدل من ذلك ان نشاط البنوك التجارية تجاري وان البنوك أياً كان نوعها عامة كالبنك المركزي والبنك التعاوني وبنك تنمية المدن والقرى وبنك الانماء الصناعي وبنك الاسكان ، أم خاصة كالبنوك الأخرى يعتبر عملها تجارياً ، ويخضع البنك للأحكام التي يخضع لها التجار لانه يكتسب صفة التاجر المبنية على غرض انشائه وهي القيام بنشاط تجاري(٦) .

---

(٥) انظر نص المادة ٢ من قانون التجارة المصري لسنة ١٨٨٣ والمادة ٥ من قانون التجارة العراقي لسنة ١٩٨٤ والمادة ٥ من قانون التجارة الكويتي لسنة ١٩٨٠ والمادة ٩ من قانون التجارة العماني لسنة ١٩٩٠ والمادة ٦ من قانون التجارة السوري لسنة ١٩٤٩ .

(٦) انظر د. محسن شفيق : الموجز في القانون التجاري ط ١٩٦٦ ـ ١٩٦٧ بند ٧٦ ولذات المؤلف القانون التجاري المصري الجزء الأول ط ١٩٤٨ بند ١١٠ .
د. محمود سمير الشرقاوي : القانون التجاري الجزء الثاني ط ١٩٨٤ ص ٤٩٧ .

٨ ـ خطة البحث :

تجدر الاشارة الى أن البنك يضمن عميله في صور متعددة منها قيامه بدور الكفيل لهذا العميل أمام دائن هذا الأخير وفق أحكام القانون المدني أو أن تتخذ هذه الكفالة وفق الصورة السابقة شكلاً آخر وصورة أخرى ابتكرها العرف المصرفي وابتعد بها عن الاحكام التي تخضع لها الكفالة وهو ما نقصد به تعهد البنك دفع مبلغ من النقود الى شخص يسمى المستفيد عند طلبه ودون شروط ٠ والذي يعرف بخطاب الضمان ٠ وهناك صورة أخرى لضمان البنك لعميله تظهر بمناسبة سحب ورقة تجارية من عميل البنك بحيث يتعهد الأخير قبول سند السحب بما ييسر ويسهل للعميل خصمه والحصول على النقود من البنك الخاصم ٠

لذا سنناقش موضوع الاعتماد المصرفي بالضمان في ثلاثة أبواب ، نخصص الأول للحديث عن الكفالات المصرفية ونخصص الثاني لخطابات الضمان ، ونناقش خصم الأوراق التجارية وتحصيلها ورهنها في الباب الثالث ٠

الباب الاول

الكفالات المصرفية

٩ ـ تمهيـــد :

كانت الكفالة الى وقت قريب خدمة يقدمها شخص الى قريب أو صديق على سبيل التبرع ، ولا يزال آثرها منتشراً عند بعض المجتمعات رغم ما قيل أنها زالت بالصورة التي نشأت بها لتحل محلها صورة أخرى للكفالة كأداة ائتمان تمارسها المؤسسات المالية والمصرفية بما ينسجم مع متطلبات الحياة الاقتصادية ٠

وقد اهتم الفقه بدراسة موضوع الكفالة المصرفية بعد انتشارها بصورة متعددة وعلى نطاق واسع أثر التزايد الملحوظ في عدد الحالات التى مارستها البنوك بعد أن اتضحت سبل هذه الصورة وأهدافها في أن البنك لا يخرج من خزينته قيمة الكفالة بل مجرد منح التوقيع ٠

والكفالة المصرفية كما مارستها البنوك حققت فوائد متوازنة فيما بين البنك الكفيل وعميله المكفول ، فمن جهة يحقق البنك الفوائد على المبلغ الذي يتعهد وفاءه عند تحقق شرط الكفالة دون أن يدفعه عند ابرام عقد الكفاله ، كما يحقق عمولة اجراء عملية بنكية لصالح عميله تعتبر واحدة من العمليات التي يمنحها له على شكل تسهيلات ائتمانية ، ومن جهة ثانية ، يستطيع العميل أن يزاول العمل الذي تعهد القيام به مقابل كفالة البنك له دون أن يضطر الى وضع مقابل نقدي ٠

وسنرى أن الكفالة المصرفية ذات الصور المتعددة احتفظت بشروط ابرامها كعقد وفق أحكام القانون العام بالاضافة الى شروط خاصة ابتدعها العرف المصرفي ٠

ولعل أهم صور الكفالة المصرفية تلك التي خرجت عن مألوف ما تعارف عليه التعامل في المواد المدنية والتجارية على السواء والتي كادت تشكل موضوعاً خاصاً مستقلاً يبتعد بأحكامه وآثاره عن أصله ٠ وهذه الصورة هي خطاب الضمان ٠ وأنه اذا كان الأصل في الضمان استخدام كلمة

التضامن للدلالة على الكفيل وفق التنظيم القانوني في القانون العام الا أنه بعد تعدد صور هذا الضمان أصبح الخلط واضحاً وظاهرا بين صورة الكفالة التي نظم أحكامها القانون المدني وبين صورة خطاب الضمان التي خلقها العرف المصرفي على نحو اختلفت على أساسه آحكام هذه الصورة عن أحكام الكفالة كما وردت في القانون المدني ٠

وهكذا فان الكفالة عقد يرتب آثاراً تلحق اطرافه ، وهذه الآثار هي التى استقرت على عاتق هؤلاء الاطراف ٠

وآثار عقد الكفالة وفق أحكام القانون المدني تستقر على عاتق الكفيل على نحو يلتزم في مواجهة الدائن ٠ وهذا العقد يفترض دائماً وجود التزام أصلي في ذمة شخص يطلب من الكفيل وفاءه بالنيابة عنه أو ضمان هذا الوفاء ٠

وعلى هذا الأساس يجب ان يكون العقد الأصلي صحيحاً والا كانت كفالة محل هذا العقد مشوبة بعيب يؤدي الى بطلانه تبعاً لبطلان العقد الأصلي ٠

ورغم ما قيل ان الكفالة بهذا المعنى عقد نشأ عنه التزام تابع لالتزام المدين الأصلي على نحو يقوم الى جانب هذا الالتزام ويضمن وفاء تنفيذه[١] فان الكفالة تبقى عقداً مستقلاً ينتج آثاراً تتعلق باثباته واثبات محله وسببـــه ٠

وسنتحدث في موضوع الكفالة المصرفية من حيث ماهيتها واساسها القانوني وانقضاؤها في الفصول الثلاثة التالية ٠

---

(١) نصت المادة ٩٥١ من القانون المدني الأردني على انه « يكفي في انعقاد الكفالة ونفاذها ايجاب الكفيل ما لم يردها المكفول له » وانظر نص المادة ٧٧٢ من القانون المدني المصري « عقد بمقتضاه يكفل شخص تنفيذ التزام بان يتعهد للدائن بان يفي بهذا الالتزام اذا لم يف به المدين نفسه » وقارن هذا التعريف مع نص المادة ٩٥٠ من القانون المدني الأردني « الكفالة ضم ذمة الى ذمة في المطالبة بتنفيذ التزام » ٠

الفصل الأول

ماهية الكفالة المصرفية

الكفالة التي نعنيها في هذه الدراسة ونتصدى لها بالحديث نقصد بها الكفالة الشخصية التي ينبني عليها تعهد شخص لآخر وفاء حقه لدى مدين لهذا الآخر • وعرفها المشرع في المادة (٩٥٠) من القانون المدني والمادة (٧٧٢) من القانون المدني المصري[١] وهي بهذا المعنى عقد ملزم لجانب واحد هو الكفيل الذي يلتزم أمام الدائن بالالتزام المكفول •

والكفالة المصرفية كاحدى صور الضمان المصرفي ضم ذمة البنك الكفيل الى ذمة عميله في ضمان الوفاء بالالتزام المكفول ، ذلك لان البنك بقدرته المالية التي تفوق قدرة الأفراد يتدخل ليكفل أحد عملائه في مواجهة دائنيه ، وليست الكفالة بهذه الصورة حكراً على البنوك بل هناك جهات أخرى تقوم بذلك[٢] •

وتتميز الكفالة المصرفية بخصائص يظهرها عقد الكفالة وتتمثل في آثار الالتزامات التي يتحملها الكفيل وهي فضلاً عن أنها تشبه الى حد كبير بعض العمليات التي تقوم بها البنوك فانها تختلف عن البعض الآخر ، وهذا يدفعنا الى الحديث عن ماهيتها في ثلاثة مباحث ، نخصص الأول لبيان خصائص الكفالة المصرفية ، ونخصص الثاني لتحديد نطاقها ، ونخصص الثالث لشرح أوجه الشبه والخلاف بين الكفالة المصرفية وغيرها من عمليات البنوك •

---

(١) نبتعد عن مقصود الكفالة الشخصية العينية التي تنطوي على قيام شخص بايداع النقود والأوراق المالية عند آخر ضماناً لمسؤوليته المستقبلية التي فرضها واجب قانوني أو اتفاق • انظر في هذا الموضوع د• علي جمال الدين عوض : عمليات البنوك من الوجهة القانونية ط ١٩٨٦ ص ١٣٣١ •

(٢) يقوم بابرام عقود الكفالات بالاضافة الى البنوك ، شركات التامين ، والشركات التجارية والشركات المتخصصة في منح الكفالات ، ويطلق على الشركات المتخصصة في منح الكفالة المصرفية اسم شركات الكفالة التعاونية •

المبحث الأول

خصائص الكفالة المصرفية

الكفالة المصرفية عقد ملزم لجانب واحد هو الكفيل ، وعرّفها الفقه تعريفات متعددة تتفق في أنها تصرف ارادي يتعهد على أساسه البنك في مواجهة الغير تأدية التزام في ذمة عميله تجاه هذا الغير[1] ٠ أو أنها عقد ملزم لجانب واحد هو الكفيل الذي يلتزم أمام الدائن بالالتزام المكفول ، ويظل المدين في هذا الالتزام بعيداً عن عقد الكفالة ، وهي عقد يفترض حتماً وجود التزام أصلي ويكون التزام الكفيل ضماناً لتنفيذ هذا الالتزام الذي يدور معه التزام الكفيل وجوداً وعدماً[2] ٠

ومن مجمل تعريفات الفقه للكفالة المصرفية يمكن تحري خصائصها بوصفها أحد العقود المسماة الذي أبرم فيما بين البنك الكفيل والدائن وهذه الخصائص ٠

١٠ـ أولاً ـ الكفالة المصرفية عقد ملزم لجانب واحد :

الكفالة المصرفية تلتقي في هذه الخصيصة مع الكفالة بوجه عام في أنها عقد ملزم لجانب واحد ، ذلك لان البنك الكفيل يتحمل بمفرده الالتزام الذي ينشؤه هذا العقد ٠

واذا تلقى الكفيل عوضاً مقابل كفالته لعميله فان هذا العوض يتلقاه من عميله لا من دائن هذا العميل ، وهو اذا تلقى العوض من الأخير (الدائن) فلا نكون بصدد كفالة مصرفية وانما في صدد تأمين اعتماد ٠

---

(١) انظر د٠ بغراني نجاة : الائتمان المصرفي بطريق التوقيع ، رسالة جامعة القاهرة ١٩٨٧ ص ٢٧٣ ٠

(٢) د٠ علي جمال الدين عوض : المرجع السابق ، ص ١٣٢٣ ٠

وعليه فان القول بأن العقد الذي يتلقى البنك بموجبه عوضا لا يكون عقداً ملزماً لجانب واحد ناتج عن خلط بين مصدر هذا العوض[٣] وانه اذا كانت الكفالة المصرفية مصدراً لالتزامات متبادلة بين البنك الكفيل والدائن كما لو تم الاتفاق بينهما على انقاص الفائدة عن الدين المكفول أو ارجاء ميعاد استحقاقه أو التزام الدائن بعدم مطالبة الكفيل الا في أموال معينة ، فان ذلك لا يؤثر على ما يمتاز به عقد الكفالة المصرفية بأنه ملزم لجانب واحد هو الكفيل ، لان هذا العقد ومع أنه بحسب الأصل يرتب آثاراً في جانب الكفيل فقط فهو لا يعني بذلك ان لا تكون الكفالة مصدراً لالتزامات متبادلة وملزمة للجانبين ٠

١١ـ ثانياً ـ الاعتبار الشخصي في الكفالة المصرفية :

تقوم الكفالة المصرفية على الاعتبار الشخصي ، بما يعني أن العميل الذي كان سبباً في ابرام عقد الكفالة فيما بين البنك ودائنه محل نظر البنك ، من حيث ملاءته وثقته المالية ، ووضعه المالي ، لان ذلك يتعلق بالخطر الذي قد يلحق الكفيل نتيجة كفالة عميل لا يتمتع بثقته ذلك ان الضمان لا يمنح حتى مقابل العوض الا بناء على علاقة تقوم على الثقة بين الكفيل والمدين ، لان الكفالة تغطي شخصاً لا ديناً بالذات ٠

أما من الجهة الثانية فلا نلحظ أهمية بالنسبة لعلاقة الكفيل بالدائن لان كليهما لا يهمه الاعتبار الشخصي للآخر ٠ فالبنك يلتزم وفاء دين عميله اذا لم يف به الأخير ، ولهذه الغاية لا يعنيه شخص الدائن ٠ والدائن يلتمس ضم ذمة أخرى الى ذمة مدينه ، لانه أياً كانت الذمة المضمومة فهي تقوى ضمانات الوفاء بدينه ٠

---

(٢) انظر في هذا الراي د٠ عبدالودود يحيى : عقد الكفالة ، ط ١٩٦١ بند ١٢ ٠ د٠ منصور مصطفى منصور : عقد الكفالة ، ط ١٩٦٠ ص ١٥ ، حيث يقول « ان العقد يبقى عقد كفالة طالما ان الكفيل يتعهد بتنفيذ الالتزام الأصلي اذا لم يف به المدين فاشتراط مقابل يدفعه الدائن لا يغير من ماهية العقد ولا يعتبر العقد عقد تامين » ٠ وانظر عكس هذا الراي د٠ محمد كامل مرسي : العقود المسماة ط ١٩٥٢ ص ٨٥ ٠ د٠ سليمان مرقس : عقد الكفالة ط ١٩٥٩ ص ٧ ٠

١٢ــ ثالثاً ـ الرضائية في عقد الكفالة المصرفية :

عقد الكفالة المصرفية عبارة عن تصرفين قانونيين صدر الأول عن الكفيل بارادة حرة غير مشوبة بأي عيب ليلتقي بالثاني الصادر عن الدائن بارادة حرة غير مشوبة بأي عيب ٠

وهـو في القانون المدني ينعقد وينفذ بايجاب الكفيل مـا لم يرده المكفول له[٤] ورضائية البنك ترد في العبارات التي يتضمنها عقد الكفالة ، ويشترط ان تكون واضحة وصريحة بعيدة عن أي لبس أو ابهام حول نية تحمل الالتزام ، لان ارادة البنك لا يجوز استنباطها للقول أن نية البنك اتجهت الى تحمل التزام المدين تجاه الدائن ، وان هذا الاستنباط لا يجوز ولو كان من خلال ظروف معينة أو استنتاجات مهما كانت درجة الاقتناع بها ٠

مثال ذلك قد يوصي البنك بموجب شهادة صادرة عنه بأن أحد عملائه موثوق فيه وهو موسر ويبادر الى تنفيذ التزاماته في مواعيدها ٠ فمثل هذه التوصية لا تعتبر كفالة مصرفية ، ويقال نفس الشيء بشأن ما يصدر عن البنك من رسائل عندما يقتصر مضمونها على مجرد لفت النظر الى الأنظمة الأساسية للعميل أو الى بيان أسماء المكتتبين في شركة ما ، وذات الشأن بالنسبة للالتزام الذي نشأ عن تعهد أحد البنوك بأن يوفي لمساهمي احدى الشركات ما يساوي قيمة أسهمهم بتاريخ معين[٥] ٠ كما لا يعتبر البنك كفيلاً اذا أعطى آخر معلومات عن ملاءة أحد عملائه ٠

---

(٤) انظر المادة ٩٥١ من القانون المدني ٠
يشترط القانون المصري في الكفالة الكتابة وهذا شرط اثبات فحسب ، لان الكتابة غير لازمة لانعقاد العقد ٠ انظر المادة ٧٧٣ من القانون المدني المصري (لا تثبت الكفالة الا بالكتابة) ٠

(٥) اعتبر القضاء الفرنسي تعهد الشركة بوفاء قيمة أسهم مساهمي احدى الشركات وعدا بالشراء وليس كفالة يضمن على أساسها حقوق المساهمين لدى الشركة التي يساهمون فيها ٠ انظر د٠ بضراني نجاة : المرجع السابق ، ص ٢٥٢ ٠

ومع ان التصرفات الصادرة عن البنك لا تعتبر في الاحوال المشار اليها كفالة طبقاً للقواعد العامة المنظمة لعقد الكفالة ، الا أنه من الممكن مساءلة البنك على أساس المسؤولية التقصيرية ، اذا اتضح بأن التزكية التي صدرت عنه بحق أحد عملائه أو المعلومات التي أدلى بها للغير عن عميل له كانت غير صحيحة ، أما عن عمد أو عن رعونه وتسرع ، وهو في مواجهة الدائن الذي بناء على هذه التوصية وهذه الثقة في المعلومات التي تلقاها منه تعامل مع المدين ، يتحمل مسؤولية الاضرار التي تصيب هذا الدائن ٠

١٣ـ رابعاً ـ عقد الكفالة المصرفية عقد تابع :

يفترض أن هناك علاقة قانونية نشأت على أساسها علاقة قانونية أخرى والعلاقة الأولى أساسها وجود التزام فيما بين مدين ودائن ، أما العلاقة الثانية فهي الناشئة عن الأولى وهي علاقة الكفيل بدائن عميله(٦) ٠

وتبدو خاصية تبعية التزام الكفيل للالتزام الأصلي واضحة من خلال النصوص المنظمة للكفالة بوجه عام ٠

فالمادة ٩٥٤ من القانون المدني تنص على أنه (يشترط لصحة الكفالة أن يكون المكفول به مضموناً على الأصيل ديناً أو عيناً أو نفساً معلومة وان يكون مقدور التسليم من الكفيل) ٠

والمادة ٩٦٧ من ذات القانون تنص على أن (للدائن مطالبة الأصيل أو الكفيل أو مطالبتهما معاً) ٠

والمادة ٩٧١ من ذات القانون المتعلقة بالدين الموثق بتأمين والمادة ٩٧٩ الباحثة في أن الكفيل ليس له أن يرجع بما عجل أداءه من الدين المؤجل الا بعد حلول الأجل(٧) ٠

---

(٦) انظر نقض مصري الطعن ٢٢٧ لسنة ٣٨ ق جلسة ١٩٧٢/١٢/٢٨ ص ١٤٨٧ الموسوعة الذهبية ٠

(٧) انظر نص المادتين ٧٧٦ و ٧٨٠ من القانون المدني المصري وتنص الأولى على أنه (لا تكون الكفالة صحيحة الا اذا كان الالتزام المكفول صحيحاً ٠ وتنص الثانية بأنه لا تجوز الكفالة في مبلغ أكبر مما هو مستحق على المدين ولا يشترط أشد من شروط الدين المكفول) ٠

على أنه اذا اشترط التضامن فيما بين الكفيل والمدين في مواجهة الدائن فذلك لا يخرج الكفالة المصرفية عن طابعها التبعي ، لان الكفيل يحتفظ بحقوقه التي منها رجوعه على المدين الأصلي بما وفاه وعلى أساس ذلك قضت محكمة النقض المصرية عندما قالت :

« الكفيل المتضامن وان كان يفقد بعض المزايا المقررة للكفيل العادي والتي لا تتفق أساساً مع فكرة التضامن ، الا أنه يظل ملتزماً التزاماً تابعاً يتحدد نطاقه ــ طبقاً للقواعد العامة ــ بموضوع الالتزام الأصلي في الوقت الذي عقدت فيه الكفالة »(٨) .

ومع التسليم بأن عقد الكفالة المصرفية عقد تابع لعقد سابق أبرم فيما بين الدائن وعميل البنك ، الا أن ذلك لا ينزع عن عقد الكفالة نوع الاستقلالية التي يمتاز بها التزام البنك عن الالتزام الأصلي ، والتي تظهر في أن عقد الكفالة عبارة عن علاقة قانونية بين أشخاص مختلفين عن أطراف العقد الأصلي ، وأنه أي عقد الكفالة ذو خصائص تحدد نظامه دون الرجوع الى العقد الأصلي .

وينبني على تبعية الكفالة المصرفية كخاصية فيها نتائج تبدو في أن الالتزام الناتج عنها لا يكون صحيحاً اذا لم يكن الالتزام المكفول كذلك ، وان الكفالة تنتهي اذا حصل اتحاد بين ذمتي الكفيل والمدين الأصلي ذلك لانه لا يلتزم شخص بنفس الدين بصفته مديناً وكفيلاً بنفس الوقت ، وان مصير التزام الكفيل يتبع مصير التزام المدين المكفول من حيث سريان تقادم التزام الكفيل الذي يبدأ من تاريخ سريان تقادم الالتزام الأصلي المكفول بصرف النظر عن التاريخ الذي أبرم فيه عقد الكفالة ، ومن جهة أخرى فان انقضاء الالتزام الأصلي المكفول يؤدي الى انقضاء التزام الكفيل وان الكفيل يتمسك بالدفوع التي يجوز للمدين التمسك بها في مواجهة الدائن .

(٨) انظر نقض مصري الطعن ٢٢٧ السنة ٣٨ ق جلسة ١٩٧٢/١٢/٢٨ ص ١٤٨٧ . الموسوعة الذهبية .

١٤ـ خامسة ـ تجارية عقد الكفالة المصرفية :

يسري بشأن عقد الكفالة الاحكام العامة الواردة في القانون المدني ، على أن تحديد تجارية عقد الكفالة المصرفية بمعنى بيان اذا كان عملاً تجارياً أو مدنياً ، فيمكن اعتماد معيار نقرر على أساسه التمييز بين الكفالة التجارية والمدنية وذلك بالنظر الى طبيعة العملية التي تم على أساسها ابرام العقد ، بحيث تعتبر الكفالة تجارية اذا قام بها الكفيل مقابل عوض اثناء ممارسته لنشاطه التجاري المعتاد وباعتباره يقوم بعمل مهني احترافي ٠

والبنك وهو يقوم بابرام عقد الكفالة فانه يحصل لقاء ذلك على عوض هو العمولة ، وبهذه الحالة وبما أنه يمارس العمل التجاري فتعتبر الكفالة على هذا الأساس عملاً تجارياً ، وبعكس ذلك تكون الكفالة عملاً مدنياً(٩) ٠

وفوق ذلك فان الكفالة المصرفية كعمل يقوم به البنك تعتبر تجارية وفق نص المادة ٦/١/د من قانون التجارة رقم ١٢ لسنة ١٩٦٦ التي تنص على أنه : « تعد الأعمال التالية بحكم ماهيتها الذاتية أعمالاً تجارية برية :

أ ـ

د ـ أعمال الصرافة والمبادلة المالية ومعاملات المصارف العامة والخاصة » ٠

ويترتب على اعتبار الكفالة المصرفية تجارية تطبيق الاحكام المتعلقة بالعقود التجارية من حيث الاثبات والاختصاص والتضامن وتطهير الدفوع والتقادم والمهل القضائية(١٠) ٠

---

(٩) استقر القضاء الفرنسي على أن الكفالة المصرفية تجارية دائماً ، وتوسعت محكمة النقض في فرنسا في القول بتجارية الكفالة حتى ولو كان الكفيل تاجراً أبرم العقد بمناسبة تجارية ٠

(١٠) انظر تفصيلا في النظام القانوني للاعمال التجارية د٠ محمد حسين اسماعيل ، القانون التجاري الأردني ط ١٩٨٥ ص ٤٣ وما بعدها ٠

ولان قانون التجارة الأردني قطع الحديث بشأن تجارية الكفالة المصرفية لذا نكتفي بالقول أن المعايير الفقهية التي تم تقرير تجارية الكفالة المصرفية على أساسها هي :

أولاً ـ المعيار الموضوعي :

يستند القائلون به على أن الكفالة عمل تجاري بطبيعته أو أن الكفالة عمل تجاري بحسب الشكل[11] أو أن الكفالة عمل تجاري بالتبعية ، وهذه الخصيصة لا يتحدد على أساسها أن الكفالة عقد يرتب التزاماً تبعياً يتبع التزاماً أصلياً ، بمعنى أنه اذا كان الالتزام الأصلي تجارياً تكون الكفالة تجارية ، ذلك لانه لو كان الأمر كذلك لكانت طبيعة الكفالة المصرفية ذات طبيعة الالتزام المكفول .

وتأسيساً على ذلك فان العكس هو الذي نعني به أن الكفالة تكون تجارية بالتبعية ، أي أن تبعية الكفالة لممارسة نشاط الكفيل التجاري هو مما يحدد تجاريتها ، وليس كونها تتبع من الوجهة القانونية لعقد آخر أصلي . كما لو منح التاجر كفالة لآخر تبعاً لحاجات تجارية هو يقصدها بهدف تيسير أو تدعيم نشاطه التجاري ، وهذه الكفالة تجارية بالتبعية لانها تتبع العمل التجاري الذي يمارسه الكفيل تبعاً لحاجات تجارته وتدعيم نشاطه التجاري .

ثانياً ـ المعيار الشخصي :

يستند القائلون بهذا المعيار ان الكفالة تكون تجارية في احدى حالتين :

---

(١١) هل هي ضمان احتياطي ، أم كفالة ممنوحة من شركة تجارية ، وهاتان الحالتان تحدد الكفالة على أساسهما انها تجارية . انظر د. بضراني نجاة : المرجع السابق ص ٣١١ .

الأولى ـ اذا كانت بمقابل ٠

الثانية ـ اذا كان للكفيل مصلحة ٠

ويرى البعض ان القضاء يلجأ الى الأخذ بهذا المعيار لتحديد تجارية الكفالة عندما يتعذر عليه تحديدها وفق المعيار الموضوعي[١٢] ٠

---

(١٢) د٠ علي جمال الدين عوض : المرجع السابق ص ١١٣٥ وما بعدها ٠

د٠ احمد زكي وفاروق غلاب : خطابات الضمان أو الكفالات المصرفية ص ٧٤ أبحاث وما بعدها ٠ بحث مقدم الى مؤتمر المحامين العرب السادس المنعقد بالقاهرة عام ١٩٦١ ٠

المبحث الثاني

نطاق الكفالة المصرفية

١٥ـ تحدثنا فيما سبق عن خصائص الكفالة المصرفية من حيث أنها عقد ملزم لجانب واحد ، وتقوم على الاعتبار الشخصي ، ومتى تكون تجارية ، وهل يتبع العقد الذي ينظم شروطها العقد الأصلي أم لا ، ولا ننسى أن نذكر أن عقد الكفالة المصرفية من عقود المعاوضة لان البنك يتقاضى عمولة لا تختلف في مضمونها عن أية مبالغ يحصل عليها من عمليات أخرى ، اذ أن هذه العمولة تعتبر في شق منها أجراً عن الخدمة التي يقدمها البنك لعميله وفي شق آخر يغطي المخاطر المحتمل تعرضه لها.

وأيضاً فان عقد الكفالة من العقود الرضائية لانه ينعقد بتراض بين البنك ودائن عميله[1] وتظهر الرضائية في العقد بعدم رد دائن العميل لايجاب البنك وفق نص المادة (٩٥١) من القانون المدني .

أما نطاق الكفالة المصرفية فنعني به المجال الذي تقوم به الكفالة بدور كبير ، وهي في ذلك ذات أثر بالغ الأهمية في التنمية الاقتصادية . وتبدو أهمية الكفالة عملياً عندما يجد المدين نفسه أمام صعوبات مالية كبيرة لا يتخطاها الا بوجود من يمنحه كفالة تغطي الالتزامات التي وضعته أمام تلك الصعوبات .

ويلاحظ عملياً أن تدخل البنك بمنحة الكفالة ناتج عن عدة أسباب ، وهذه الأسباب تشكل المجال الذي تقوم به الكفالة المصرفية بدورها ، ومنها أن الكفالة يمنحها البنك لعميله ليمكنه من الحصول على اعفاء أو أجل لسداد رسوم أو ضرائب حكومية ، أو تجنيب العميل وضع

---

(١) انظر د. مراد منير فهيم : العقود التجارية وعمليات البنوك . ط ١٩٨٢ منشأة المعارف ص ٣١٥ .

كفالة نقدية أو أوراق مالية ضماناً لعمل التزم به ، أو من أجل السماح له بقبض فوري لمبالغ أو سلفات أو دفعات على الحساب ، أو لتمكينه من الحصول على السيولة النقدية ليغطي مشروع مهنة معينة ٠

وفي كل هذه الاحوال يؤدي أثر الكفالة المصرفية كعقد الى تخفيف العبء عن كاهل عميل البنك على نحو يحصل البنك على العمولة المتفق عليها[٢] ٠ لذا يجب تعين نطاق كفالة الالتزام المكفول من حيث أن هذه الكفالة محددة أو غير محددة ، ذلك لان الصورة الثانية يمتد فيها التزام الكفيل الى أصل الدين وفوائده وتشمل فوائد الدين الفوائد القانونية والاتفاقية بالاضافة الى التعويض عن الضرر الناتج عن عدم التنفيذ[٣] ٠

ونتحدث في هذا المبحث عن نطاق الكفالات المصرفية من حيث مجال استخدامها وحدود التزام البنك كأثر لها في المطلبين التاليين وننهي الحديث بمطلب ثالث نتحدث فيه عن الكفالات الخارجية ٠

---

(٢) انظر د٠ علي البارودي : الأوراق التجارية والافلاس ط ١٩٧٧ منشأة المعارف ص ٢٧٤ ، د٠ مراد منير فهيم : المرجع السابق ص ٣١٣ ٠ د٠ مصطفى كمال طه : مبادىء القانون التجاري ص ٥١٤ ٠

(٣) تكون الكفالة محددة اذا وردت صيغتها تحدد ضمان الالتزام بمبلغ معين وهذه الكفالة لا تضمن فوائد الدين الا بشرط صريح ٠

اما الكفالة غير المحددة فهي التي يمتد الضمان فيها الى التزام المدين بدون شرط أو تحديد ، انظر د٠ علي جمال الدين : المرجع السابق ص ٥٦٨ ٠

المطلب الأول

أوجه استخدام الكفالات المصرفية

لان الكفالة المصرفية من أكثر صور الائتمان شيوعا ، ولانها تتم عن طريق التوقيع بما يعني سهولة الاتفاق على ابرام العقد بشأنها ، ولان يسار البنك وثقة عملائه به واستعداده لتنفيذ التزامه حتى عند اعسار مكفولة ، فان ذلك يشكل أكبر الضمانات عند الدائنين على نحو يزداد اقبالهم على اعتماد الكفالة المصرفية وبالتالي فان الأوجه التي تستخدم فيها الكفالة المصرفية متعددة ولا تقف عند حد ويمكن أن تستخدم في كافة مجالات النواحي الاقتصادية .

ولعل معظم تطبيقات الكفالة المصرفية وتلك التي تتعلق بما ينشأ بين الأشخاص والادارات الحكومية من علاقات قانونية عقدية تفرض تقديم كفالة مصرفية لدائرة الضرائب أو الجمارك أو التموين أو الاشغال العامة ، وكذلك الأمر بالنسبة للحالات التي يلتزم فيها الأشخاص تقديم كفالات الى المحاكم سواء في قضايا الشفعة أو لغايات الحجز الاحتياطي[١] .

ولان استخدام الكفالات المصرفية لا يدخل تحت حصر ، لذلك نبين فيما يلي ما يساعد على توضيح أوجه استخدام هذه الكفالات وصورها .

١٦ـ الكفالات الجمركية :

وهي تلك التي تمكن المستورد من تأجيل سداد الضرائب والرسوم أو الحصول على موافقة بالاعفاء منها أو تنزيل قيمتها وتتضمن مثل

---

(١) تجدر الاشارة الى أن الكفالة التي يقدمها البنك أو أحد فروعه لكفالة نفسه في دعوى مقدمة لغايات الحجز الاحتياطي غير جائزة عملا باحكام المادة ٩٥٥ من القانون المدني التي تنص على أن الكفالة ضم ذمة الى ذمة أخرى وان الراي الذي اجازها باعتبار أن فرع البنك ذو استقلال مالي وشخصية اعتبارية مستقلة جانبة الصواب ، لانه اذا تقدم البنك بضمان نفسه فذلك يعتبر تعهداً شخصياً لا تنطبق عليه أحكام الكفالة .

هذه الكفالة ، ضمان تنفيذ المكفول التزاماته تجاه الادارات الحكومية ومنها الرسوم والضرائب المفروضة على التصدير والضرائب الداخلية وضرائب الانتاج المقررة وفق أحكام المادة (٤١) من قانون الجمارك ، ومع أن أحكام قانون الجمارك تضمنت في معظم نصوصها أحكاماً تقرر وضع تأمين نقدي ، الا أن ذلك لا يمنع من تقديم الكفالة المصرفية التي تقوم مقام النقود التي من أهدافها تيسير عمل المستوردين بما يعني ابقاء السيولة النقدية في حوزتهم ، وتضمن نص المادة (٨٦) من قانون الجمارك حكما يجيز تقديم كفالة مصرفية وجاء النص على النحو التالي :

« يجوز السماح للمكلفين بسحب بضائعهم قبل تأدية الرسوم والضرائب عنها تحت ضمانة مصرفية أو نقدية وذلك ضمن الشروط والقواعد التي يحددها المدير » ٠

كما تضمن نص المادة (٨٧) حكماً يجيز ادخال بضائع أو نقلها من مكان الى آخر بعد تقديم كفالة وجاء النص على النحو التالي :

« ٠٠٠ ويشترط في هذه الأوضاع تقديم ضمانات لتأمين الرسوم والضرائب نقداً أو بكفالات مصرفية أو تعهدات مكفولة وفق التعليمات التي يصدرها المدير »(٢) ٠

وتبدو أهمية هذه الصورة للكفالة المصرفية في أن البنك يتدخل ليكفل عميله وذلك بالتوقيع على الالتزام كضامن ، يتعهد بموجبه للادارة الحكومية وفاء قيمة ما كفل عند حلول الأجل أو استحقاق الشرط حسب مقتضى الحال ٠

---

(٢) انظر نص المادة ٤٠/جـ و ٥٩/ب و ٧٢/ب من قانون الجمارك وانظر نص المادة ٧٢/أ من ذات القانون حيث جاء مطلقاً (٠٠٠ وللمدير حق الافراج عنها لقاء الضمانات اللازمة التي تكفل عدم التصرف بها الا بعد ظهور نتيجة التحليل) ٠ وانظر المواد ٨٦ ، ٨٧ ، ٨٨ ، ١٤٠ ، ١٥٢ من ذات القانون ٠

واذا قام البنك بدفع قيمة الكفالة وما تفرع عنها من نفقات سواء لاعسار عميله المدين المكفول أو لان الأخير نسي الوفاء أو لان الاول قام بذلك بتكليف الثاني فان البنك يرجع على العميل بما أوفى ·

١٧ـ الكفالات المصرفية في مجال العطاءات :

أ ـ بقصد المشاركة بالمناقصة ·

ب ـ لضمان تنفيذ الالتزامات في حالة احالة العطاء على المكفول ·

ج ـ لضمان الدفعة الأولى المقدمة من المتعاقد مع المكفول ·

د ـ لضمان حسن التنفيذ ·

هـ ـ لضمان السلفة المدفوعة وتتشابه هذه الحالة مع الحالة الواردة في الفقرة (ج) أعلاه ·

١٨ـ الكفالات المؤقتة والنهائية :

أ ـ المؤقتــة :

وهي التي تحل محل التأمين النقدي الذي يطلب من الموردين ، ويقصد من تقديم هذه الكفالة أبعاد المزاودين أو المناقصين أو مقدمي العروض غير الجديين أو التي لا تصلح عروضهم للمشاركة في العملية ، كما يقصد من مثل هذه الصورة للكفالة عدم تخلي المشارك أو تراجعه عن العرض الذي تقدم به اذا أحيلت عليه المزاودة أو المناقصة بسبب تغير الاسعار ، والكفالة المؤقتة بما يدل عليه معناها سبيل تقديم الكفالة الدائمة اذا حقق من تقدم بها هدفه من هذا التقديم والا تصبح لاغية ·

ب ـ الدائمــة :

وتسمى في بعض الصور كفالة حسن التنفيذ وتضمن التعويض عن ضرر الاخطار التي تحدث نتيجة تخلي المكفول عن اتمام التزاماته ، أو الوفاء بهذه الالتزامات بصورة تخالف شروط العقد ·

وقضى مجلس الدولة الفرنسي في قرار صدر بتاريخ ١٩٨٥/٣/٨ بقولـــه :

« إن البنك في الكفالة النهائية يضمن الى جانب حسن التنفيذ ، الوفاء بأية مبالغ قد يصير عميله المقاول مديناً بها لرب العمل بمناسبة الصفقة ، بما في ذلك الفوائد والتعويضات وذلك في حدود مبلغ الكفالة ذاته »(٣) ٠

وهذه الصورة للكفالة المصرفية لها مخاطرها على البنك بسبب طول مدتها ، لان التزام البنك يتعين أن يستمر طيلة استمرار التزام المكفول ، ولتفادي مثل هذه المخاطر فان البنوك تلجأ عادة الى جعل هذه الكفالة محددة بأجل ينتهي بانتهائه التزامها ٠ والبنوك في ذلك لا تتخلى عن عميلها بل تجعل ابرام عقد الكفالة محدد المدة يجدد بعد انتهائها ، وهي لا تقوم في ذلك اذا شعرت أن العميل أصبح في وضع مضطرب كما أنها تتفادى احتمالات خطر افلاس العميل أو اخلاله بالشروط وذلك بالتحري عن مركزه المالي وكفاءته وكل ما من شأنه ضمان تأدية العمل المنوط به ٠

١٩ـ صور أخرى للكفالات :

أ ــ الكفالات القضائية ٠

ب ــ كفالات ضمان تقديم مستندات أو وثائق ٠

والصورة الأولى تأمر بها المحكمة في غير الحالات التي يكون العميل ملزماً بتقديم كفيل بمقتضى اتفاق بينه وبين الدائن أو بمقتضى أحكام القانون(٤) مثل الكفالة التي تقدم لوقف تنفيذ الحكم أو لوضع الحجز التحفظي أو لرفع الحجز التحفظي أو منع السفر ٠

---

(٣) انظر د٠ بضراني نجاة : المرجع السابق ص ٤٦٨ ٠

(٤) تختلف صور الكفالة القضائية عن الكفالة القانونية ذلك أن صور الكفالة القانونية يفرضها القانون بحيث سمح للدائن في ظروف معينة أن يقدم كفالة أما الكفالة القضائية فهي تلك التي فوض القانون للقاضي سلطة الزام المدين بتقديمها ٠

والصورة الثانية تضمن تقديم مستندات كشهادة من منشأ البضاعة المستوردة التي تقدم عادة الى دائرة الجمارك ، وشهادة الاستيراد اذا فقدت أو تأجل صدورها وكانت البضاعة قد وصلت ويتوجب التخليص عليها ، وهذه الصورة تتم على شكل تعهد مكتوب من البنك يضمن فيه تنفيذ شروط حددتها دائرة الجمارك ٠

٢٠ـ تطبيقات أوجه استخدام الكفالات المصرفية :

أ ــ كفالة الدفعة الأولى المقدمة من أحد المتعاقدين للآخر ٠

ب ــ كفالة حسن التنفيذ ٠

جـ ــ كفالة السندات المفقودة ٠

د ــ الكفالة القضائية والقانونية ٠

هـ ــ كفالة الاشتراك في المزاودة أو المناقصة ٠

و ــ كفالات العطاءات والخدمات ٠

ز ــ كفالات مصرفية لغايات أحكام قانون الجمارك ٠

ح ــ كفالات لغايات السفر ٠

ط ــ كفالات خارجية ، وهذا النوع يتم على أساسه تنظيم العقود عندما يكون أحد طرفي العملية شخصاً غير مقيم في البلاد ويتعهد البنك بموجب هذا العقد ضمان الالتزامات التي تترتب على مكفوله المدين ، وقد تكون هذه الكفالة مضمونة أو معطاة من قبل بنوك في الخارج وتعطى هذه الكفالات بناء على طلب عميل غير مقيم لصالح مستفيد مقيم ، أو بناء على طلب عميل مقيم لصالح مستفيد مقيم[٥] ٠

---

(٥) لا نعني باصطلاح غير مقيم الشخص الأجنبي أو العنصر الاجنبي وفق نص القانون الدولي الخاص ، لان المواطن مقيم دائماً طالما احتفظ بالجنسية ، ولا يعتبر الأجنبي غير مقيم دائماً ٠

راجع في ذلك د٠ محي الدين اسماعيل علم الدين : خطاب الضمان والأساس القانوني لالتزام البنك ، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة سنة ١٩٦٧ ص ٢٦ ٠

المطلب الثاني

الكفالات الخارجية الوطنية والأجنبية

٢١ـ تصدر الكفالة المصرفية عن مصرف يتعهد بموجبها وفاء التزام في ذمة عميل لدائنه ، وقد تكون الكفالة لصالح مستفيد يقيم في البلد الذي يمارس فيه البنك مصدر الكفالة عمله أو لمستفيد غير مقيم في ذات بلد البنك • وقد يكون العميل والمستفيد مقيميين (Residents) وقد يكونا غير مقيمين (Non Residents) وقد يكون أحدهما مقيما والآخر غير مقيم(١) •

وقد تصدر الكفالة المصرفية بناء على طلب عميل غير مقيم لصالح مستفيد مقيم كما قد تصدر بناء على طلب عميل مقيم لصالح مستفيد غير مقيم ، كما قد تصدر بناء على طلب عميل غير مقيم لصالح شخص غير مقيم ، لذلك نجد ان هناك صوراً ثلاث للكفالات المصرفية الخارجية وهي :

١ ـ الكفالة الصادرة بناء على طلب عميل غير مقيم •

٢ ـ الكفالة الصادرة لصالح مستفيد غير مقيم •

٣ ـ الكفالة الصادرة بناء على طلب عميل غير مقيم لصالح مستفيد غير مقيم(٢) •

٢٢ـ **الكفالة الخارجية نوعان وطنية وأجنبية :**

ـ **الوطنية :** هي الكفالة التي يصدرها أحد البنوك المحلية في الدولة بناء على طلب عميل فيها سواء كان المستفيد منها داخل البلاد أو خارجها(٣) •

---

(١) لا يقصد بالمقيم المواطن كما لا يقصد بغير المقيم الأجنبي وليس كل أجنبي غير مقيم •

(٢) انظر د• محي الدين اسماعيل علم الدين : الموسوعة ، المرجع السابق ص ٥٥٧ •

(٣) يسمي البعض هذا النوع من الكفالات كفالات العملاء ، ونحن لا نميل الى هذه التسمية لتشابك المعايير التي يمكن بواسطة أحدها تمييز الكفالة المصرفية وفيما اذا كانت بناء على طلب العميل أم لا • انظر المحامي سويلم نصير : المرجع السابق ص ٣٩ •

ـ **الأجنبية :** هي الكفالة التي يصدرها أحد البنوك المحلية بناء على طلب بنك أجنبي أو أحد فروع البنك المحلي أو الأجنبي في الخارج وذلك بان يطلب أحد هذه البنوك الى بنك محلي اصدار كفالة مصرفية الى مستفيد قد يكون مقيماً وقد يكون غير مقيم ، وهذا النوع من الكفالات تقوم به البنوك المحلية على أساس من التعاون فيما بينها وبين البنوك الأجنبية ووفقاً لمبدأ المعاملة بالمثل من جهة ومن أجل تحقيق عمولة اصدار هذه الكفالة من جهة ثانية ٠

ومن تطبيقات هذه الكفالة ، لجوء الشخص غير المقيم في الأردن الى البنك الذي يتعامل معه في تركيا ليقدم له ضماناً بكفالة مالية مقابل عطاء احيل عليه في الأردن ، وتبدو واضحة عندما يتصل البنك في تركيا بأحد البنوك المحلية في الأردن ويطلب منه اصدار كفالة مصرفية لصالح الشخص الذي تعامل معه المكفول ٠

وفي هذا المثال نجد ان الدائن مضمون من جهات ثلاث :

الأولى ــ المديـــن ٠

الثانية ــ البنك الأجنبي ٠

الثالثة ــ البنك الوطني ٠

أما صور الكفالات المصرفية الخارجية وتطبيقاتها فالحديث عنها فيما يلي :

٢٣ــ أولاً ــ الكفالة المصرفية الواردة بناء على طلب شخص غير مقيم :

هذه الصورة للكفالة المصرفية تتم على أساس ان الشخص غير المقيم يسعى لدى البنك الذي يتعامل معه لمنحه كفالة لصالح شخص مقيم والسبب في ذلك ان الأخير يطلب الكفالة أما كشرط لدخول المزايدة ، أو لضمان الدفعة الأولى أو لضمان اعادة الأجهزة والمعدات ، ذلك لان الدخول في المناقصات أو المزايدات في العطاءات لا يتحقق الا لمن استوفى الشروط التي تطلبها الجهة المعلنة ، وغالبا تكون الكفالة المصرفية أول هذه

الشروط ، وبهذه الحالة يسعى الراغب في الدخول في العطاء لدى البنك الذي يتعامل معه في مكان اقامته ليطلب منه منحة كفالة لصالح الجهة التي ينوي التعامل معهااذا أحيل العطاء عليه ، واذا وردت الكفالة من البنك الأجنبي وقبل المستفيد بها فان أحكام الكفالة كما وردت سابقاً تطبق عند حدوث أي نزاع بشأنها[٤] أما اذا طلب المستفيد ان يتدخل بنك محلي فانما يفضل ذلك لتفادي الصعوبات والتعقيدات التي تصادفه اذا بادر للمطالبة بقيمة الكفالة[٥] وبهذه الحالة يتحقق تدخل البنك المحلي في احدى صور ثلاث :

الأولى ـ يقوم البنك المحلي بالتوسط فيما بين البنك الأجنبي والمستفيد ليبلغ الأخير ان البنك الأجنبي اصدر كفالة لصالحه وانه يعزز التزام هذا البنك بتوقيعه بما يجعله ملتزماً في مواجهة المستفيد بالتضامن مع البنك الأجنبي مصدر الكفالة .

٢٤ـ **الثانية** ـ يقوم البنك المحلي باصدار الكفالة مباشرة لصالح المستفيد الذي طلب من الشخص غير المقيم تقديمها على ان اصدار البنك المحلي لهذه الكفالة يتم بناء على طلب البنك الأجنبي .

ونتصور العلاقات المتشابكة في هذه الصورة كما يلي :

- علاقة المستفيد بالشخص غير المقيم والتي أساسها مشروع لابرام عقد مقاولة ، أو استيراد أو تصدير ... الخ .
- علاقة الشخص غير المقيم بالبنك الأجنبي كعميل له يسعى عنده للحصول على تسهيلات مصرفية من بينها الكفالة المصرفية .

---

(٤) يراعى في هذه الحالة أحكام القانون الدولي الخاص الذي يحدد القانون الواجب التطبيق ذلك لان المنازعة اذا نشبت تكون ذات طرف أجنبي .

(٥) من هذه الصعوبات ما يرجع الى جهل بعض اللغات الأجنبية التي تحرر بها الكفالة أو الاختلاف على ترجمة الشروط الواردة فيها ومن هذه الصعوبات ما يرجع الى اضطرار المستفيد الى اللجوء للقضاء الأجنبي وما يترتب على ذلك من تحمل نفقات كبيرة . انظر في ذلك د. بضراني نجاة : المرجع السابق ص ٥٢٠ .

- علاقة البنك الأجنبي بالبنك المحلي وأساسها المعاملة بالمثل والعمولة التي يحصل عليها كل طرف ٠
- علاقة البنك المحلي بالمستفيد وأساسها الالتزام الناشيء عن عقد الكفالة التي أصدرها ٠

والصورة الثانية بعلاقاتها المتشابكة كما ذكرناها تنتهي بان البنك المحلي هو الملتزم في مواجهة المستفيد بمفرده ، ولا يلتزم البنك الأجنبي بشيء في مواجهة المستفيد ، أما العلاقات الأخرى فتحكم كل علاقة منها قواعد مختلفة[6] ولا نرى كما يرى البعض ان الكفالة التي يصدرها البنك المحلي تابعة لكفالة صدرت عن بنك أجنبي ذلك لان الكفالة الأجنبية اذا وردت الى البنك المحلي وأيدها بتوقيعه وقبلها المستفيد أصبح البنكان المحلي والأجنبي متضامنين في مواجهة المستفيد بصفتهما كفيلين للمدين عميل البنك الأجنبي الذي طلب اصدار الكفالة لصالح المستفيد ، أما اذا صدرت الكفالة من البنك المحلي بناء على طلب بنك أجنبي ، فلا نكون بصدد كفيل ضمن كفيل آخر كما هو في الصورة الأول ، بل ان العلاقة فيما بين البنك المحلي والمستفيد مستقلة عن علاقة البنك المحلي بالبنك الأجنبي ومختلفة عنها ، لان **الأولى** أساسها عقد الكفالة التي التزم البنك المحلي بشروطها في مواجهة المستفيد **والثانية** أساسها العقد الذي وافق

---

(٦) راجع د٠ محي الدين اسماعيل علم الدين : المرجع السابق ، ص ٥٥٧ ويقول « لا يودع البنك الأجنبي غطاء لخطاب الضمان ، وانما يتعهد لدى هذا البنك (المحلي) بان يدفع له كل ما يتحمله من مدفوعات نتيجة لاصدار الخطاب » ٠

يجدر بالذكر ان هذا الكاتب لا يرى فرقاً بين الكفالة المصرفية وخطاب الضمان وقارن د٠ سميحة القليوبي : النظام القانوني لخطابات الضمان المصرفية ٠ مجلة القانون والاقتصاد لسنة ١٩٤٢ العددان ١ ، ٢ ص ١٨ ٠ حيث تقول « ويعتبر تصديق البنك المحلي تطبيقاً للقواعد العامة في القانون التي تقضي به بانه اذا التزم المدين بتقديم كفيل وجب عليه ان يقدم شخصاً موسراً مقيماً بمصر » م ٧٧٤ مدني مصري ٠

عليها البنكان بايجاب وقبول وانتهى بابرام عقد تم تحديد شروطه وفق الاعراف المصرفية واتفاقهما ·

الثالثة ــ يقوم البنك المحلي بابلاغ المستفيد الكفالة الصادرة عن البنك بناء على طلب العميل على نحو لا يتحمل البنك المحلي أية مسؤولية أو ضمان للمستفيد الا فيما يتعلق بصحة توقيع البنك الأجنبي على الكفالة أو الرقم السري الواردة به[٧] ·

٢٥ـ ثانياً ــ الكفالة المصرفية بناء على طلب عميل مقيم :

على عكس الصورة الأولى للكفالة الخارجية التي تصدر بناء على طلب عميل غير مقيم ، فهذه الصورة تتحقق عندما يطلب العميل المقيم من البنك المحلي ان يصدر كفالة لصالح مستفيد غير مقيم ، ويتم ذلك عندما يبرم العميل المقيم صفقة في دولة أجنبية ويطلب منه المستفيد الأجنبي ان يقدم كفالة بمقدار الأقساط المؤجلة وقد يطلب البنك المحلي الى البنك الأجنبي ان يتوسط بينه وبين المستفيد غير المقيم وبهذه الحالة يوقع البنك الأجنبي على سند الكفالة الوارد من البنك المحلي ليصبح متضامناً معه في مواجهة المستفيد غير المقيم ·

كما قد يطلب البنك المحلي الى بنك أجنبي ان يصدر الأخير كفالة لصالح مستفيد غير مقيم ، وبهذه الحالة يصبح البنك الأجنبي ملتزماً بمفرده في مواجهة المستفيد ، الا انه يرجع بما يدفعه على البنك المحلي وفق شروط عقد ابرمه معه قبل ان يصدر الكفالة[٨] ·

---

(٧) يرى البعض ان الكفالات الخارجية تصدر : أولا بدون مسؤولية · ثانياً كفالات معززة ، ثالثاً كفالات مقابلة وهذه الصورة تقابل الصورة التي نراها للكفالة الخارجية ·
انظر هذا الراي المحامي الاستاذ سويلم نصير : المرجع السابق ، ص ٤١ ·

(٨) انظر د· علي جمال الدين عوض : خطابات الضمان المصرفية ط ١٩٩١ ص ٣٧ ويقول ان هذه الضمانات قد يترتب عنها تحويل مبالغ بالعملة الأجنبية الى الخارج فيما لو طلب المستفيد غير المقيم ·

وأخيراً فان صور الكفالات الخارجية التي يتدخل البنك المحلي فيها سواء كان ضامناً أم متضامناً أم متضامماً لا بد ان يحصل قبل اصدارها على موافقة البنك المركزي وفق القوانيين المرعية والتعليمات التي يصدرها بالاضافة الى ضرورة مراعاة أحكام قانون مراقبة العملة الأجنبية ونظام مراقبة الأعمال الأجنبية[٩] ٠

(٩) انظر نص المادة ٩ من قانون مراقبة العملة الأجنبية ٠

المطلب الثالث

حدود التزام البنك في الكفالة المصرفية

٢٦ـ لا تكون الالتزامات التي يرتبها العقد صحيحة الا اذا كان العقد صحيحاً ، واذا كانت غير صحيحة فلا تحدث أثرا على عاتق من تحملها من المتعاقدين ، وفي عقد الكفالة المصرفية لا يكون العقد صحيحاً ينتج التزامات يترتب عليها آثاراً بذمة أحد المتعاقدين الا اذا كان الالتزام المكفول صحيحاً[١] سواء كان مبلغاً من النقود أم عملاً أم امتناعاً عن عمل ، وتصح كفالة جميع الالتزامات سواء كانت ناتجة عن العقود أم عن غيرها[٢] وبهذا يصح القول أن كفالة الالتزام الصحيح صحيحة حتى لو كان الباعث على ابرام عقد الكفالة مخالفا للنظام العام[٣] .

ومن جهة ثانية فان كفالة الالتزامات الباطلة باطلة ، لان عقد الكفالة عقد تابع يكون باطلاً تبعا للالتزام الذي كان سببه ، ويجوز للكفيل كما للمدين الدفع بهذا البطلان .

وفرّق الفقه بين حالتين لتقرير ما اذا كان لالتزام الكفيل أي أثر قانوني باعتباره التزاماً أصليا يتمتع باستقلاله وفق معيارين .

---

(١) هذا هو حكم الشريعة الاسلامية ، وورد في المادة (٦٣١) من المجلة انه يلزم في الكفالة بالمال ان يكون المكفول به مضمونا على الأصيل . بمعنى أن يكون ايفاؤه متوجباً على الأصيل فتصح الكفالة بثمن المبيع وبدل الاجارة وسائر الديون الصحيحة .

وانظر نص المادة (٩٥٤) من القانون المدني والمادة (٧٧٦) من القانون المدني المصري حيث نصت على أنه « لا تكون الكفالة صحيحة الا اذا كان الالتزام المكفول صحيحاً » .

(٢) انظر د. محمد كامل مرسي : شرح القانون المدني . العقود المسماة ط ١٩٤٩ ص ٤٣ وما بعدها .

(٣) د. محمد كامل مرسي : المرجع السابق ص ٤٣ وما بعدها .

٢٧ـ الحالة الأولى : حالة جهل الكفيل بطلان الالتزام الأصلي :

وبهذه الحالة يكون التزام الكفيل باطلاً حتى باعتباره التزاماً أصلياً ، ويتجه القائلون بهذا المعيار الى وجود غلط في طبيعة التزام الكفيل ، وهذا الغلط وضعه في موضع لم يقصد به التعهد بصفة أصلية ٠

٢٨ـ الحالة الثانية :

يكون فيها التزام الكفيل صحيحاً بحيث يصبح هذا الالتزام أصلياً ، ويتجه القائلون بهذا المعيار الى أن الكفيل لم يقصد التعهد بالتزام سابق بل تعهد مع علمه انه اذا وفى الالتزام فان وفاءه لا يرتب له حق الرجوع على المدين ، على نحو تصبح ارادته متجهة الى دفع الدين بصفة أصلية(٤) ٠

ومن حيث التزام البنك فلا يختلف عن التزامات الكفيل في عقد الكفالة بمعنى أن البنك الكفيل لا يمتد التزامه الى أبعد من الحدود التي رسمها المتعاقدان ، ويمكن تحديد هذه الحدود من حيث محل عقد الكفالة وهو الدين المكفول ، والمبلغ المتفق عليه كموضوع الالتزام الكفيل ، وكذلك مدة عقد الكفالة ٠

أما من حيث الالتزام المكفول ، فاذا لم يكن محددا لان طبيعته لا تؤدي الى تحديده وبيان اطاره ونطاقه على نحو يؤدي الى عدم امكان تحديد طبيعة هذا الالتزام ، فتكون الكفالة في هذا المجال غير محددة ويسأل البنك عن أي دين يتحمله المدين في مواجهة دائنه لان الالتزام المكفول دخل في اطار التخمين والتوقعات ، كما لو أبرم متعهد عقد كفالة مع البنك التزم به الأخير أن يكفل حقوق المتعاقدين من الباطن ٠

ولا يختلف الأمر بشأن حدود التزام البنك من حيث مقدار المبلغ موضوع الالتزام بالكفالة ، اذ يكفل البنك الدين وملحقاته في حدود

---

(٤) د٠ محمد كامل مرسي : المرجع السابق ص ٤٥ ٠

المبلغ موضوع الالتزام ، أما اذا لم يحدد هذا المبلغ فان البنك يضمن الدين وملحقاته كاملة • وهذا يعني أنه اذا ضمن البنك تنفيذ التزامات العميل المكفول بمقتضى عقد معين ، فانه يكون مسؤولا عن تنفيذ تلك الالتزامات التي يسأل عنها المدين نفسه بمقتضى العقد ، وتطبيقاً لذلك ، اذا كفل البنك عميله بمبلغ ذكر حده الأقصى ، فان التزامه لا يتعدى الى أكثر من هذا الحد ولا يمتد الى المبلغ المذكور في عقد الكفالة ، وهو لا يضمن الفوائد اذا لم تذكر في العقد •

وهذا ما نصت عليه المادة (٩٦٠) من القانون المدني بأنه (تشمل الكفالة ملحقات الدين ومصروفات المطالبة ما لم يتفق على غير ذلك) •

ونصت المادة (٧٨٠) من القانون المدني المصري بأنه (لا تجوز الكفالة في مبلغ أكبر مما هو مستحق على المدين ، ولا بشرط أشد من شروط الدين المكفول ، ولكن تجوز الكفالة في مبلغ أقل وبشروط أهون) • ونصت المادة (٧٨١) من ذات القانون بأنه (اذا لم يكن هناك اتفاق خاص ، فان الكفالة تشمل ملحقات الدين ومصروفات المطالبة الأولى ، وما يستجد من المصروفات بعد أخطار الكفيل) •

ونصت المادة (٢٠١٥) من القانون المدني الفرنسي بأنه (لا يجوز أن تتعدى الكفالة الحدود التي عقدت فيها) • والمادة (٢٠١٦) من ذات القانون بأن (الكفالة غير المحددة لالتزام أصلي تشمل كل توابع الدين حتى المصروفات الخاصة بالمطالبة الأولى وكل المصروفات اللاحقة لمطالبة الكفيل) واتجهت النية الى تعديل هذا النص بموجب مشروع قانون كان قد أعد بالاشتراك بين فرنسا وايطاليا وأضيف اليه (الا اذا وجد اتفاق بخلاف ذلك) •

أما بشأن المدة المحددة في عقد الكفالة ، فان الكفالة في هذا المجال نوعـــان :

الأول ـ الكفالة غير المحددة المدة ، وهذا النوع يمكن الغاؤه من طرف الكفيل في الوقت الذي يقرره بارادته المنفردة ·

الثاني ـ الكفالة المحددة المدة ، وهذا النوع لا يمكن للكفيل أن يلغى بارادته المنفردة التزامه قبل انتهاء المدة ·

ولتحديد أنواع الكفالة لهذه الجهة وبيان ما هي الكفالة المحددة المدة وغير المحددة يتعين بيان طبيعة وهدف وباعث العقد المبرم بين البنك والدائن من جهة ، وبين البنك وعميله من جهة أخرى ·

وقضت محكمة النقض الفرنسية في ذلك بالقول « ان الكفيل الذي يضمن الوفاء بالتزامات المكفول الى أن يتم الوفاء الكامل بالدين ، يعتبر التزامه محدد المدة ولا يمكن الغاؤه » وتأيد هذا الحكم وأصبح من المبادىء المستقرة في القضاء الفرنسي ، حيث صدر عن محكمة النقض الفرنسية عدة قرارات قضت بانه « عندما تكون الكفالة قد منحت وقبلت الى غاية أجل محدد بالتنفيذ الكامل للالتزام بالوفاء ، فانها تشكل التزاماً محدد المدة ، هذا الالتزام الذي لا يمكن الغاؤه بالارادة المنفردة للكفيل وحدها قبل حلول الأجل المقرر »[٥] ·

وعلى هذا الأساس فان الالتزامات التي كفلها البنك بموجب التزاماته الناشئة عن عقد الكفالة ، يكون مسؤولا عنها اثناء مدة الكفالة المحددة بحيث تنتهي مسؤوليته بعد انقضاء المدة ، ويشبه هذا الوضع ، الوضع الذي ينهي فيه الكفيل العقد غير المحدد المدة والذي تنقضي على أساس منه التزاماتـــه ·

---

(٥) انظر الفقرة الحكمية للقرار باللغة الفرنسية د· بضراني نجاة : المرجع السابق ص ٣٧١ ·

وأخيراً يمكن اجمال حدود التزامات البنك في الكفالة المصرفية بأنه لا يضمن اكثر من الدين المكفول ، ومرد ذلك ان عقد الكفالة عقد تابع لا يأتي باكثر من الالتزام الأصلي ولا بشروط أشد[٦] وان البنك لا يضمن بعد انتهاء مدة كفالته للالتزام المكفول ، ولا يضمن بعد انهاء العقد غير المحدد المدة ولو كان الانهاء بارادته المنفردة ٠ وبالتالي لا يضمن أكثر مما ورد في شروط العقد[٧] اذا كانت هذه الشروط لا تخالف النظام العام ٠

---

(٦) انظر المادة (٢٠١٣) من القانون المدني الفرنسي التي تقابل المادة ٧٨٠ من القانون المدني المصري ٠

(٧) ترفض بعض المصالح الحكومية في بعض الاحيان الكفالة المصرفية اذا كانت محددة لنطاق التزام الكفيل ، وعلى أية حال فانه اذا كان البنك يستطيع أن يحدد نطاق التزامه على وجه التقريب في عمليات قابلة لان يتم تمييزها وتحديدها بدقة ، فانه لا يستطيع ذلك في عمليات اخرى كما هو الحال في الكفالة التي تطلب من العميل أو كفالة الايداع أو القبول والتي تمنح من البنك باعارة توقيعه على تعهد عام يغطي بموجبه بدون تحديد مجموع العمليات التي يباشرها عميله ٠

المبحث الثالث

أوجه الشبه والخلاف بين الكفالة المصرفية وغيرها من عمليات البنوك

٢٩ـ أشرنا فيما سبق أن للكفالة المصرفية صوراً متعددة ، وان بعض هذه الصور خصها العرف المصرفي بشروط تميزت بها عن الكفالة التي وردت أحكامها في القانون العام ·

واذا كان عنوان سند الكفالة والشروط الواردة فيه تمثل التزامات أطرافه ، فانه لا يصح القول بأن التكييف القانوني للسند أساسه هذا العنوان ، ذلك لان السند لا يعتبر سند كفالة بدلالة عنوانه فحسب ، بل قد يكون كذلك رغم عدم ذكر العنوان ·

وهناك حالات تستخدم فيها عبارة كفالة للدلالة على تامينات عينية ، وبهذا يختلف السند الذي نظم علاقة أفراده عن السند الذي نظم علاقات بين طرفين في التامينات الشخصية ·

ونناقش فيما يلي أوجه الشبه والخلاف بين الكفالة المصرفية من جهة ، وبين عقد تأمين الضمان والاعتماد المستندي المؤيد والحساب الجاري والضمان الابتدائي والنهائي وخطاب التزكية والتعهد عن الغير والوكيل بالعمولة الضامن من جهة ثانية في المطالب الثلاثة التالية ، ونتصدى بعد ذلك بايجاز الى التمييز بين الكفالة المصرفية وخطاب الضمان في مطلب خـــاص ·

المطلب الأول

الكفالة المصرفية وعقد تامين الضمان

٣٠ـ تأمين الضمان التزام يترتب على عاتق شخص هو المؤمن كأثر لعقد ابرمه مع شخص آخر هو المستأمن ، ويغطي هذا العقد خطر عدم الوفاء بالدين المضمون عند حلول أجله ٠

وبهذا التعريف يقترب هذا العقد من عقد الكفالة ، ويتشابه معه في الآثار التي يحدثها كلا العقدين من حيث أن عدم تنفيذ الالتزام المضمون في العقدين يجعل الكفيل والمؤمن في دائرة الملتزم في الوفاء ، ورغم هذا التشابه بين الآثار في العقدين ، الا انهما يختلفان من حيث ان الكفيل يهدف الى الوقوف الى جانب المكفول ومساعدته في تقوية ائتمانه لدى دائنيه ، أما المؤمن فهو على عكس ذلك لا يرمى الى مساعدة المدين بقدر ما يرمي الى مساعدة الدائن الذي تدخل بناء على طلبه ولحسابه ٠

كما أن الدائن في عقد الكفالة لا يلتزم بمواجهة الكفيل بأية نفقات ، واذا كان هناك نفقات فان المدين المكفول هو الذي يتحملها في مواجهة الكفيل ، أما تامين الضمان ، فان الدائن الذي يسعى ليؤمن ديونه المؤجلة ضد اخطار عدم الوفاء بها في مواعيد استحقاقها يتحمل نفقات يرتبها عليه العقد وهي الأقساط التي يؤديها الى المؤمن ٠

على أنه اذا كان نظام تأمين الضمان لم يعرف حتى الآن في عالم المؤسسات المالية والاقتصادية في الدول العربية فان هذا النظام علا شأنه في معظم انحاء العالم ، وكانت بدايته في فرنسا عام ١٩٤٨ حينما صدر

قرار وزير المالية الفرنسي ليأذن لاثنتي عشرة شركة من شركات التأمين لممارسة هذا النوع من أنواع التأمين[1] ٠

ومن جهة أخرى فان التزام الكفيل تابع لالتزام المدين المكفول ، وانه على هذا الأساس لا بد أن يكون الالتزام الأصلي موجوداً وانه صحيح ليترتب عليه وجود التزام الكفيل وصحته وهذا بعكس التزام المؤمن في عقد تأمين الضمان الذي يولد مستقلا بما يعني أنه التزام أصلي ٠

أما الخلاف الرئيسي بين الكفالة المصرفية وتامين الضمان فيبدو واضحاً في أن موضوع أو محل تأمين الضمان ليس تنفيذ الالتزام المضمون كما هو الشأن في عقد الكفالة وانما التعويض عن الضرر الذي يلحقه المدين بالدائن بسبب عدم وفاء هذا المدين لديونه ٠

والمؤمن الذي يقوم بتنفيذ التزامه بالوفاء بالديون التي تعذر على المدين وفاءها بمواعيد استحقاقها لا يملك حق الرجوع على الشخص المؤمن (المستأمن) ، في حين يرجع الكفيل على من قام بالوفاء بدينه وهو المكفول ، وأكثر من ذلك فهو يحل محل الدائن الذي وفي له دينه ، في الرجوع على المدين بجميع حقوقه ٠

---

(١) انظر د٠ بضراني نجاة : المرجع السابق ص ٣١٩ هامش ١ « كانت شركات التامين في مصر تصدر حتى عام ١٩٧١ وثائق تأمين تشبه الكفالة وتضمن بموجبها اخطار عدم وفاء المدينين لديونهم في مواعيد استحقاقها » ٠ وبتاريخ ١٩٧١/٩/٦ صدر عن المؤسسة المصرية العامة للتأمين قراراً منع شركات التامين من اصدار مثل هذه الوثائق باعتبار أن هذه الأعمال تخص البنوك ٠

انظر في ذلك د٠ سميحة القليوبي : النظام القانوني لخطابات الضمانات المصرفية ، مجلة القانون والاقتصاد سنة ١٩٧٢ العددان ١ ، ٢ ، ص ٢٨ وترى أن هذا النوع من التامين لا يمثل فكرة المخاطر التي تقوم على أساسها عقود التامين ٠

المطلب الثاني

الكفالة المصرفية والاعتماد المستندي المؤيد

٣١ـ الاعتماد المستندي سيجيء الحديث عنه في مبحث مستقل ، والحديث عنه في هذا الموضع لغايات التمييز بينه وبين الكفالة المصرفية ، وتبدو أوجه الشبه بين الكفالة المصرفية وخطاب الاعتماد المستندي من حيث ان الطرفين في كل عقدهما العميل والبنك وان الأول سعى للحصول على ضمان الثاني ـ غير أن أوجه الخلاف جوهرية ويتعين الوقوف عليها من التعريف بالاعتماد المستندي أولاً والاعتماد المستندي المؤيد من جهة أخرى[١] .

والاعتماد المستندي عقد يتعهد البنك بمقتضاه ان يفتح اعتمادا لصالح شخص هو المستفيد بناء على طلب العميل وهو الأمر بضمان مستندات تمثل بضاعة منقولة أو معدة للنقل[٢] وبموجب هذا التعهد يلتزم البنك فاتح الاعتماد بتنفيذ شروط الوفاء والقبول والخصم المتفق عليها .

والاعتماد المستندي يكون قطعياً (باتاً) ويكون قابلا للالغاء ، كما أن الأول جرى العرف المصرفي على اعتباره ملزماً بصورة قطعية ومباشرة تجاه المستفيد عن طريق تثبيته من قبل بنك آخر ، وعلى أساس من ذلك نقول أن معنى التأييد للاعتماد المستندي هو قيام البنك المراسل الذي توسط بين البنك فاتح الاعتماد والمستفيد باضافة تأييده (تعزيزه) الى الاعتماد المستندي على نحو يصبح هذا الاعتماد معززاً بضمان آخر أضيف الى الضمانات السابقة .

---

(١) سيأتي الحديث عن الاعتماد المستندي في مؤلف مستقل يصدر قريباً .

(٢) انظر نص المواد ٢٧٣ و ٢٧٥ ٢٧٨ من قانون التجارة العراقي ونصت الأخيرة على انه (يجوز تثبيت الاعتماد البات من مصرف آخر يلتزم بدوره بصفة قطعية ومباشرة تجاه المستفيد) .

وانظر د. حياة شحاتة سليمان : مخاطر الائتمان في البنوك التجارية ـ رسالة دكتوراه جامعة القاهرة ١٩٨٩ ص ١٩٠ .

وهكذا فان البنك فاتح الاعتماد والبنك المراسل الذي أيد الأول أصبحا مدينين لا على أساس التضامن كما هو شأن الكفالة المصرفية ، بل على أساس استقلال كل مدين منهما عن الآخر ، لان الالتزام الذي نشأ على عاتق كل منهما مستقل عن الآخر[٣] وحول هذا الرأي قال بعض الفقهاء ان التزام البنك المراسل في حالة تأييد الاعتماد لا يعتبر التزاماً تضامنياً بل التزاماً تضاممياً (انضمامياً) وهو ما يعني أن البنك المراسل اضاف التزامه الى التزام البنك المنشيء (فاتح الاعتماد) ٠

ويرى القائلون بهذا الرأي ان البنك المراسل اذ يضيف التزامه الى البنك المنشيء انما يفعل ذلك في وقت لاحق لنشوء التزام البنك المنشيء[٤] ٠

ويقول الاستاذ الدكتور السنهوري « ليس الالتزام التضاممي هو في الأصل التزام تضامني نزل درجة بعد أن استبعدت منه فكرة النيابة التبادلية ، بل ان للالتزام التضامني منطقة وللالتزام التضاممي منطقة أخرى لا تتلاقى مع المنطقة الأولى ، والنظامان مستقلان أحدهما عن الآخر وليس الثاني مشتقاً من الأول »[٥] ٠ ويقول « الذي يميز الالتزام

---

(٣) ذهب بعض الفقه الى القول ان البنك فاتح الاعتماد والبنك المراسل الذي أيد الاعتماد متضامنان في الوفاء ، بما يعني أن المستفيد يستطيع مطالبة أيهما واذا قام البنك المراسل المؤيد بالوفاء رجع على البنك فاتح الاعتماد لانه يكون قد أوفى ما ترتب بذمة البنك المنشيء (فاتح الاعتماد) وهذا يعطيه الحق في الرجوع عليه بما أوفى ويستطيع المستفيد الرجوع على البنك فاتح الاعتماد دون البنك المؤيد في حالة افلاس البنك المراسل أو اعساره ومن الطبيعي في هذه الحالة ان لا يرجع البنك المنشيء على البنك المراسل ٠

(٤) انظر في ذلك د٠ صليب بطرس والمستشار ياقوت العشماوي : الاعتماد المستندي من المنظور العلمي والمنظور القانوني ط ١٩٨٤ ص ١٣٠ وما بعدها وورد في مؤلفهما بموضوع التكييف القانوني للتأييد ان « نظام التضامن ونظام التضامم أو الانضمام مستقل احدهما عن الآخر » ٠

(٥) المرحوم الاستاذ الدكتور عبدالرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني الجزء الثالث ص ٢٨٦ هامش ٢ ٠ راجع د٠ علي جمال الدين عوض : الاعتمادات المستندية ط ١٩٨٩ ص ٢٤ وما بعدها وقال (تأييد الاعتماد التزام جديد من البنك الذي يخطر البائع يعزز به التزام البنك الفاتح) ٠

التضامني عن الالتزام التضامني ان المدينين المتضامنين في الالتزام الأول لاتجمعهم وحدة المصلحة المشتركة كما تجمع المدينين المتضامنين في الالتزام الثاني ، ذلك ان التضامن يقتضي كما قدمنا وحدة المصدر ، ووحدة المصدر هذه هي التي تفترض وجود المصلحة المشتركة بين المدينين المتضامنين ، أما في الالتزام التضاممي فالمصدر متعدد فلا محل اذن لافتراض وجود مصلحة مشتركة بين المدينين المتضامين(٦) .

أما من ناحية الآثار القانونية للالتزام الناشيء عن تأييد الاعتماد المستندي فيقول الدكتور السنهوري « هذه المصلحة (المشتركة) هي التي تبرر مبدأ أساسياً في التضامن يقضي بأن كل مدين متضامن يمثل الآخرين فيما ينفعهم لا فيما يضرهم ... ومن أجل ذلك لا يقوم هذا التمثيل في الالتزام التضاممي حتى فيما ينفع اذ لا توجد مصلحة مشتركة ما بين المدينين المتضامين ، فاذا اعذر أحد الكفلاء المتوالين الدائن ــ والمثل خاص بكفلاء التزموا بعقود متوالية كالمنصوص عليه في المادة ٧٩٤ مدني ــ لم يكن الدائن معذوراً بالنسبة الى الكفلاء الآخرين واذا صدر حكم لمصلحة أحد هؤلاء الكفلاء لم يستفد منه الباقون »(٧) .

وعلى أساس ما تقدم نجد ان اختلافاً كبيرا بين الكفالة المصرفية والاعتماد المستندي المؤيد بدا واضحاً وفق ما تقدم من حيث استقلال كل التزام عن الآخر .

---

(٦) المرجع السابق ص ٢٨٥ .

(٧) نصت المادة ٧٩٢ من القانون المدني المصري على انه :

(١ ــ اذا تعدد الكفلاء لدين واحد وبعقد واحد وكانوا غير متضامنين فيما بينهم ، قسم الدين عليهم ، ولا يجوز للدائن ان يطالب كل كفيل الا بقدر نصيبه من الكفالـــة .

٢ ــ اذا كان الكفلاء قد التزموا بعقود متوالية فان كل واحد منهم يكون مسؤولا عن الدين كله ، الا اذا كان قد احتفظ لنفسه بحق التقسيم) .

وانظر نص المادة ٩٧٤ من القانون المدني وورد على النحو التالي « اذا تعدد الكفلاء لدين واحد جازت مطالبة كل منهم بكل الدين الا اذا كفلوا جميعاً بعقد واحد لم يشترط فيه تضامنهم فلا يطالب أحد منهم الا بقدر حصته » .

ونشير الى ان الفقه الفرنسي وجه نقداً الى القضاء الفرنسي عندما اصدر بعض أحكامه وكيف عملية الاعتماد المستندي المؤيد على أنها كفالة . وتراجع القضاء الفرنسي عن التوجه بتكيف الاعتماد المستندي المؤيد بأنه كفالة ، وفي قرار لمحكمة النقض الفرنسية امتنعت عن تأكيد القول بان تأييد الاعتماد والكفالة شيء واحد[8] .

وهكذا نجد الالتزامات التي نتجت عن عقد الكفالة كأثر له تختلف عن تلك التي نتجت عن تأييد الاعتماد ، ذلك ان الالتزام الذي ترتب على عاتق البنك المراسل مستقل عن التزام البنك المنشيء رغم ما قيل انه كان سببه ، بعكس الالتزام الذي يترتب على عاتق البنك الكفيل ، والذي يعتبر بموجبه متضامناً مع المدين .

---

(8) انظر في ذلك تفصيلا د. بضراني نجاة : المرجع السابق ص ٣٣١ وما بعدها .

عرفت المادة ١٠٣ من القانون الامريكي الاتحادي البنك المؤيد بأنه (ذلك البنك الذي يتعهد على نفسه ان يقبل أن يدفع قيمة الكمبيالات التي تسحب تنفيذاً للاعتماد) وعرف القضاء الامريكي البنك المؤيد بأنه « ذلك البنك الذي يلتزم التزاماً اصلياً بخطاب الاعتماد » مشار الى ذلك في د. حياة شحاتة : المرجع السابق ص ١٩٠ وقارن د. علي البارودي . المرجع السابق ص ٣٨٠ حيث يقول « يكون الاعتماد مؤيداً أو معززاً وذلك في الحالات التي لا يكتفي فيها البائع بتعهد بنك المشتري لكي يطمئن فيشترط ان يتدخل بنك ثاني ليضيف تعهده الى تعهد البنك الأول » وبذلك يرى ان هناك التزامين انضم أحدهما الى الآخر ولكن ليس على أساس التضامن .

المطلب الثالث

الكفالة المصرفية وعمليات البنوك الأخرى

٣٢ـ الحساب الجاري :

يأتي الحديث تفصيلا عن الحساب الجاري في مبحث مستقل يصدر قريبا ، ونشير في هذا الموضع بايجاز الى التعريف به بالقدر الذي يوضح الفرق بينه وبين الكفالة المصرفية ٠

والحساب الجاري عقد مؤسس على خيار الطرفين يرتب التزامات على عاتقهما ، وبموجبه يتفق طرفاه على تبادل الأموال فيما بينهما ، واذا كان هذا العقد يلتقى مع الكفالة المصرفية في آن كل واحد منهما رضائي وتابع لعقد كان سببه ، وان الاعتبار الشخصي ملحوظ في اطرافه ، فان الخلاف بين هذين العقدين يكمن في ان عقد الكفالة المصرفية ملزم لطرف واحد هو الكفيل ، وان آثار عقد الكفالة هي رجوع الكفيل على مكفوله بما وفاه عنه للدائن ٠

أما عقد الحساب الجاري فملزم للطرفين ولا يضم أحد ذمته الى ذمة غيره ولوضوح الفرق واستحالة تشابه الكفالة المصرفية بالحساب الجاري واختلاطهما ، ولان الحديث عن الحساب الجاري سيأتي تفصيلاً في دراسة مستقلة لذا نحيل الى ذلك والى المراجع المتخصصة(١) ٠

٣٣ـ الضمان الابتدائي والنهائي :

هذا الضمان بنوعية عبارة عن تعهد يصدر عن مؤسسة تضمن بموجبه تدارك النتائج السيئة المحتمل تحققها ، وتبدو كثيرة الوقوع عند افلاس العميل المضمون ، ويكون تدارك هذه النتائج بايجاد البديل للعميل الذي

---

(١) انظر في الحساب الجاري د٠ علي البارودي : المرجع السابق ص ٣٠٨ ٠ د٠ علي العريف : شرح القانون التجاري الجزء الأول ط ١٩٥٩ ص ٤٨٤ ٠ د٠ علي جمال الدين عوض : عمليات البنوك المرجع السابق ص ١١٦١ ٠

تعثرت أعماله واضطرب موقفه المالي ، أو قيام العميل المتعثر المضطرب البحث بنفسه عن البديل ، وتتحمل المؤسسة التي تصدر الضمان الخسارة التي تلحق المستفيد من الضمان ، على أنه لا يكون مقدار الضمان معيناً عند الاتفاق بشأنه ، لان أحداً لا يستطيع التكهن بمقدار المبالغ المتوقع دفعها اذا تحققت النتائج السيئة ·

وبهذا التعريف للضمان يظهر الفرق بينه وبين الكفالة المصرفية ، في أنه تعهد بالقيام بعمل وليس تعهداً بالوفاء بمبالغ معينة أو قابلة للتعيين كما هو الشأن في الكفالة المصرفية ·

٣٤ـ خطاب التزكية :

خطاب التزكية لا يقصد محررة الارتباط تعاقدياً مع من وجهة اليه ، واعتبره البعض التزاماً معنوياً ، ذلك لان هذا الالتزام ليس موضوعاً للقيام بعمل أو تصرف معين(٢) وان طبيعته القانونية غير محددة ، فأحياناً يمثل كفالة كما هو الحال عندما تكتب شركة الصيغة التالية (سنبذل كل ما في وسعنا لكي نوفر لفرعنا المال اللازم الذي يمكنه من مواجهة التزاماته) وأحياناً كثيرة لا يمثل هذا الخطاب أي التزام ويستخدم اذا رغب بنك ان يمنح اعتماده لفرع شركة ، ويريد الحصول على طمانة من الشركة الأم ، أو اذا صدرت هذه الخطابات عن البنوك تزكي بموجبها عملاءها لدى أشخاص يتعاملون معهم ، وبهذه الحالة لا يعتبر تدخل البنك باصدار خطاب التزكية كفالة ، وعليه فان البنك الذي اقتصر مضمون الخطاب الصادر عنه على دعوة شخص الى اقراض مبلغ معين أو تسليم بضاعة لعميل من عملائه ، لا يمكن اعتباره كفيلاً(٣) ·

---

(٢) يطلق على هذا الخطاب في التعامل المصرفي ـ خطاب اعلان النوايا ـ انظر د· محمد شوقي شاهين : الشركات المشتركة · رسالة دكتوراه جامعة القاهرة ١٩٨٧ ص ٥٧٨ ويقول « خطابات النوايا تعبر عن رغبة الطرفين في ابرام العقد النهائي » ويقول « فهي لا تمثل عقداً أو وعداً بالتعاقد » ·

(٣) لا تتحقق الكفالة الا اذا توفرت لدى الشخص الرغبة في التدخل ككفيل وهذه الرغبة لا بد ان تكون صريحة وواضحة ، انظر د· السنهوري : المرجع السابق ص ٧٣ ·

ورغم ذلك فان تخوف البنوك من تفسير خطاب التزكية انه كفالة من جانبها ، دفعها الى أبعاد احتمال اعتباره كفالة بوضع عبارات صريحة تدل على أنه ليس كذلك ، ومن التطبيقات القضائية قضاء محكمة استئناف باريس في حكم لها قالت ان « الالتزام الذي يتحمل به بنك ان يوفي للمكتتبين في أسهم شركة بقيمة هذه الأسهم في تاريخ محدد وذلك بناء على رغبتهم المتمثلة في عدم الاحتفاظ بتلك الأسهم في ذلك التاريخ ، لا يعتبر كفالة وانما وعداً بالشراء » وقضت كذلك بالقول « وحيث انه وان كان من المؤسف حقاً ان تقوم شركة في مركز الائتمان التجاري والصناعي بتزكية شركة لا تعرف بالتحديد حقيقة مركزها المالي الا انه مع ذلك لا ينبغي الاغفال بأن البنك فضلا عن أنه لم يتحمل بأي التزام شخصي في مواجهة المدعيين ، فان الخطاب الذي بعثه لهما قد اقتصر على تزكية الأنظمة الداخلية وان المدعيين بعد الدراسة الأولية التي قاما بها لا ينبغي ان يلوما سوى نفسيهما اذا كانا قد أخطأ في تقديراتهما وتخميناتهما[٤] .

وأخيرا لا يعتبر البنك كفيلاً اذا أعطى معلومات عن أحد عملائه بأنه مليء الا اذا كان يقصد الالتزام بالكفالة وان ارادته تتجه الى ذلك[٥] .

٣٥ـ التعهد عن الغير :

عندما يلتزم شخص أن يقوم بعمل عن غيره يكون قد تعهد عن هذا الغير بالتزام أصلي ، وهذا يعني أنه اذا التزم الغير بتنفيذ ما تعهد به الآخر فلا يسأل من تعهد ـ على خلاف الكفيل ـ عن تنفيذ الالتزام ،

---

(٤) انظر هذه الاحكام وغيرها د. بضراني نجاة : المرجع السابق ص ٢٩١ هامش ٢ .

(٥) اذا اتضح ان التزكية او المعلومات الصادرة عن البنك غير صحيحة اما عن قصد او رعونة وتسرع فانه بذلك يسأل عن خطأ ارتكبه او نتج عنه ضرر وفق أحكام المسؤولية التقصيرية . راجع د. السنهوري : المرجع السابق ص ٧٣ .
وانظر د. علي جمال الدين عوض : عمليات البنوك ، المرجع السابق ص ١٠٠٧ وما بعدها .

لانه بمجرد ان يوافق الغير على الالتزام يتحرر المتعهد من التنفيذ واذا رفض الغير تنفيذ الالتزام ، التزم المتعهد بتعويض الطرف الآخر في العقد ولا يرجع على الغير بما وفي ، وتطبيقاً لذلك ، لا يوجد التزام المتعهد عن الغير مع التزام الغير في آن واحد على الرغم من عدم وجود ما يمنع المتعهد أن يكفل تنفيذ الالتزام الذي تعهد وفاءه عن الغير ، وهو بهذه الحالة يقوم بدور المتعهد الى حين اعراب الغير عن قراره بتنفيذ الالتزام أو الامتناع ، وعندها يقوم المتعهد بدور الكفيل الى حين تنفيذ الالتزام[٦] ٠

٣٦ـ الوكيل بالعمولة الضامن :

الوكيل بالعمولة ـ هو من يعمل باسمه الخاص أو تحت عنوان تجاري لحساب من وكله ، ويستوى في ذلك ان يكون الوكيل بالعمولة شخصاً طبيعياً تعاقد باسمه الشخص أو معنوياً يتعاقد باسم عنوان تجاري[٧] ٠

ولا نجد الخلاف بين أنواع الوكالة ظاهراً سواء بين الوكالة بالعمولة أو الوكالة التجارية والوكالة المدنية الا في ان الأخيرة تبرعية ، وان باقي

---

(٦) انظر نص المادة ٢٠٩ من القانون المدني وما يقابلها نص المادة ١٥٣ من القانون المدني المصري وورد الحكم في كلا النصين واحداً وجاءت صياغة النصين حرفياً على النحو التالي .
« اذا تعهد شخص بأن يجعل الغير يلتزم بأمر فلا يلزم الغير بتعهده فاذا رفض الغير ان يلتزم وجب على المتعهد ان يعوض من تعاقد معه ويجوز له مع ذلك ان يتخلص من التعويض بأن يقوم هو بنفسه بتنفيذ الالتزام الذي تعهد به » ٠

(٧) انظر في ذلك المادة ٢/٨٠ من القانون التجاري الأردني وتنص على انه : « وبوجه أخص يسمى هذا العقد وكالة بالعمولة ويكون خاضعاً لاحكام الفصل الآتي عندما يجب على الوكيل ان يعمل باسمه الخاص او تحت عنوان تجاري لحساب من وكله ٠
وانظر المادة ٤ من قانون الوكلاء والوسطاء رقم ٢٠ لسنة ١٩٧٤ ووضح الشروط اللازم توافرها في الوكيل بالعمولة ٠ راجع د٠ محمد اسماعيل : المرجع السابق ص ٣٦٥ وما بعدها ٠ وانظر المادة ٩٤ من قانون التجارة الفرنسي حيث عرف المشرع الوكيل بالعمولة بانه ذلك الذي يتصرف باسمه الشخصي أو باسم شركة لحساب الموكل » وهذا هو التعريف الوارد في المادة ٨١ من قانون التجارة المصري ٠

أنواع الوكالات التجارية سواء كانت وكالات بالعمولة أم لا فهي عقود من عقود المعاوضة ، ولا يختلف الأمر بشأنها الا في أن عقود الوكالة بالعمولة يتصرف الوكيل فيها باسمه الشخصي لحساب موكله على نحو يظهر بمظهر الأصيل في تصرفه مع الغير ، وعلى أساس ذلك لا تنشأ أية علاقة بين الغير والموكل ، ولا يكون لأي منهما أي دعوى مباشرة ضد الآخر ٠

أما من جهة الوكيل بالعمولة الضامن ، فهو ذلك الذي يكون مسؤولاً عن عدم وفاء الغير الذي تعاقد معه أو مسؤولا عن عدم تنفيذ الالتزامات المترتبة على هذا الغير ، ذلك لانه كفله أو قضى العرف التجاري بذلك[٨] ونصت المادة (٩٢) من قانون التجارة في الفقرة الأولى منه بأنه « فيما خلا الحالة المذكورة في المادة السابقة لا يكون الوكيل بالعمولة مسؤولاً عن عدم الوفاء أو عن عدم تنفيذ سائر الالتزامات المترتبة على الذين تعاقد معهم الا اذا كفلهم أو كان العرف التجاري في المحل الذي يقيم فيه يقضي بذلك » وفي الفقرة الثانية بأنه « يحق للوكيل بالعمولة الذي كفل من يتعاقد معه أن يتناول عمولة خاصة باسم (عمولة الضامن) وبموجب هذا النص يضمن الوكيل بالعمولة التزامات الغير الذي تعاقد معه بما يعني أنه يضمن الصفقة التي أجراها معه على نحو مرض ، ويلتزم الوكيل هنا التزاماً أصلياً تجاه موكله ، لا على أساس كفالة الغير تجاه

---

(٨) انظر نص المادة الأولى من قانون وكلاء البيع بالعمولة الانجليزي **(Factors Act)** وعرفت الوكيل التجاري بانه « الوكيل الذي يحوز وفقاً لنشاطه المعتاد سلطة بيع البضائع أو ايداعها بقصد بيعها أو شراء البضائع أو الحصول على المال بضمان البضائع » وقضت محكمة انجليزية في قضية ستيفن ضد بلر بان « وكيل البيع بالعمولة لا يفقد صفته هذه لمجرد انه تصرف وفق تعليمات خاصة من موكله ، بان يقوم ببيع البضائع باسم هذا الأخير » ٠

انظر في ذلك د٠ عبدالرزاق بوبندير : الأسباب القانونية والاختيارية لانقضاء الوكالة التجارية ٠ رسالة دكتوراة جامعة القاهرة ١٩٨٩ ص ٣٨ وما بعدها ٠

الموكل ، لانه لا علاقة مباشرة بين الغير والموكل حتى يكون الوكيل بالعمولة ضامناً لدين الموكل الغير » وبالاضافة الى ذلك فان الكفيل لا يلزم بالكفالة الا اذا التزم مدينه أصلاً ، ولا نرى كما رأى البعض بأن شرط الضمان الذي اشتمل عليه عقد الوكالة بالعمولة يؤدي الى القول أن العقد نوع من الكفالة(٩) وذلك للاختلاف البين الذي ورد آنفاً(١٠) .

---

(٩) انظر د. علي حسن يونس : العقود التجارية وعمليات البنوك ص ١٢٦ . وقارن د. سميحة القليوبي : الموجز في القانون التجاري ط ١٩٧٨ ص ٣٩٠ .

(١٠) انظر نص المواد ٨١ ، ٨٢ ، ٨٤ من قانون التجارة المصري .

مطلب خاص[١]

الكفالة المصرفية وخطاب الضمان

٣٧ـ يمكن تعريف خطاب الضمان بصورة مبدئية بأنه « تعهد مكتوب يصدره البنك بناء على طلب العميل بمناسبة عملية معينة ، يلتزم بموجبه ان يدفع الى طرف ثالث (المستفيد) مبلغاً نقدياً معيناً أو قابلا للتعيين عند أول طلب يتلقاه من هذا الأخير خلال مدة سريان الخطاب على الرغم من أية معارضة يبديها العميل المضمون[٢] ٠

ومن هذا التعريف يستدل على خصائص خطاب الضمان بما يوضح الفرق بينه وبين الكفالة المصرفية ، ومع ذلك فان المعايير التي قيلت بشأن تحديد خطابات الضمان وطبيعتها وتكيفها القانوني والتي استقرت عليها آراء الفقه والقضاء ذات أهمية قصوى في بيان أوجه الشبه والخلاف بين الكفالة المصرفية واحدى صورها المسماة خطاب الضمان ، ولاننا سنرجيء الحديث عن هذه المعايير لحين الحديث عن خطابات الضمان فاننا سنتصدى بايجاز الى أهم المعايير وهو الذي استند القائلون به الى ان خطابات الضمان ذات طبيعة استقلالية ، بما يعني ان التزام البنك كأثر للتعهد الذي صدر عنه بموجب خطاب الضمان مستقل عن العلاقة فيما بين عميله والمستفيد من الخطاب ٠

---

(١) سنأتي على بيان أوجه الاختلاف في هذا المطلب الخاص مباشرة ونشير الى أن الحديث عن خطابات الضمان بصورة تفصيلية سيكون في الباب الثاني ٠

(٢) انظر تعريف خطاب الضمان كما ورد في نص المادة (٢٨٧) من قانون التجارة العراقي وورد كما يلي : « خطاب الضمان تعهد يصدر من مصرف بناء على طلب أحد المتعاملين معه (الآمر) بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين لشخص آخر (المستفيد) دون قيد أو شرط اذا طلب منه ذلك خلال المدة المعينة في الخطاب ويحدد في خطاب الضمان الغرض الذي صدر من أجله » وقارن مع نص المادة (٣٠١) من مشروع القانون التجاري المصري الذي عرف خطاب الضمان بأنه « تعهد بات يصدر من المصرف بناء على طلب شخص يسمى الآمر بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين بمجرد ان يطلب المستفيد » ٠

ومظاهر استقلال هذا الالتزام يستدل عليها من خصائص الالتزام ذاته وهذه الخصائص كما استقر عليها العرف :

١ ـ التزام البنك كآثر لخطاب الضمان مجرد ومستقل عن أية علاقة سابقة سواء علاقة البنك بعميله الأمر أو علاقة الأخير بالمستفيد (الدائـــن) ·

٢ ـ التزام البنك كآثر لخطاب الضمان التزام مباشر يتحمل على أساسه الوفاء للمستفيد دون الرجوع الى الأمر ·

٣ ـ التزام البنك كآثر لخطاب الضمان بات ونهائي ، وبذلك ليس للبنك الرجوع عن هذا الالتزام بعد صدور الخطاب ووصوله الى علم المستفيد ، وليس له رفض الوفاء بقيمته في أي حال من الاحوال·

أما في الكفالة المصرفية فلا يكون للدائن المستفيد الزام الكفيل بتنفيذ الالتزام الذي يتحمل به هذا الأخير في مواجهته ، الا اذا ثبت بالفعل ان الأمر الذي من أجله صدرت الكفالة قد تحقق ·

ويتأكد البنك من ان هذا الأمر تحقق بعد أن يقدم الدائن المستفيد من الكفالة ما يثبت ذلك وهو بهذه الحالة حكم قضائي نهائي يدين العميل ·

٤ ـ لا يلتزم البنك مصدر خطاب الضمان باخطار عميله بعزمه على الوفاء بقيمة خطاب الضمان على عكس الكفالة المصرفية التي يلتزم على أساس من شروطها بوجوب اخطار عميله المدين بأنه سيدفع قيمة الكفالــــة[٣] ·

---

(٣) ان التزام البنك كآثر لخطاب الضمان التزام أصلي والبنك بوفائه لقيمة الخطاب ليس نائباً عن عميله الأمر ، لذلك يعتبر هذا الالتزام مباشراً · وأكدت محكمة النقض المصرية في حكم صدر بتاريخ ١٢ نيسان ١٩٨٢ بأن (خطاب الضمان وان صدر تنفيذاً للعقد المبرم بين البنك والمدين المتعامل معه الا ان علاقة البنك بالمستفيد الذي صدر خطاب الضمان لصالحه هي علاقة منفصلة عن علاقته بالعميل اذ يلتزم البنك بمقتضى خطاب الضمان وبمجرد اصداره ووصوله الى المستفيد بوفاء المبلغ الذي يطالب به هذا الأخير باعتباره حقاً له يحكمه خطاب الضمان ما دام هو في حدود التزام البنك المبين به ·· ويعتبر في هذه الحالة التزاماً مستقلا عن العقد القائم بين المتعاملين) وهذا ما أكدته في أحكام عديدة وهو ذات الاتجاه في القضاء الفرنسي ·

٥ ـ ليس للبنك مصدر خطاب الضمان رفض الوفاء تحت أي سبب عدا الغش الظاهر ٠

وعلى ذلك فمن المستقر عليه في التعامل المصرفي انه لا يجوز الامتناع عن الوفاء الا اذا ارتكب المستفيد غشا ، ودرج القضاء الفرنسي الى ما قبل عام ١٩٨٥ الى الاستناد الى فكرة التعسف الظاهر لتقرير حق البنك في الامتناع عن الوفاء ، وتقوم هذه الفكرة على أن الآمر اذا نفذ جميع التزاماته تجاه المستفيد من الضمان فيصبح المستفيد متعسفاً اذا طالب البنك بقيمة خطاب الضمان وان هذا التعسف ظاهر يبرر للبنك الامتناع عن الوفاء ٠

الا ان هذه الفكرة هجرت ورجع القضاء عن اعتمادها بعد صدور حكم محكمة النقض الفرنسية في ١٩٨٥/٥/٢١ والذي أكد بأن الطابع المستقل لالتزام البنك في خطاب الضمان يستبعد أية امكانية للاستناد الى شروط تنفيذ العقد الأصلي وان كون الآمر قد نفذ جميع التزاماته تجاه المستفيد من الضمان لا يسمح ـ ولو قام الدليل على صحة ادعائه ـ باعفاء البنك من تنفيذ التزامه بالوفاء ٠

٦ ـ ليس للبنك الاحتجاج ضد المستفيد من خطاب الضمان بالدفوع المستمدة من علاقته بعميله أو الدفوع المستمدة من علاقة العميل بالمستفيد[٤] ذلك لان التسليم باستلام التزام البنك في الوفاء ناشيء عن استقلال العلاقة القانونية فيما بين البنك والمستفيد التي أنشأت هذا الالتزام والذي يترتب على أساسه أعمال قاعدة عدم الاحتجاج

---

(٤) يفقد البنك حقه بالرجوع على المدين اذا أوفى قيمة الكفالة للدائن بدون اخطار المدين المكفول وفق شروط الكفالة وأكدت محكمة النقض المصرية ذلك بقولها « اذا قام البنك بصرف مبلغ الضمان للمستفيد فانه ليس للعميل ان يتحدى بوجوب اعذاره هو قبل صرف مبلغ التعويض المبين في خطاب الضمان » نقض مصري بتاريخ ١٩٦٤/٥/١٤ مشار إليه في د. بغرالي نجاة : المرجع السابق ص ٥٩٠ هامش ٢ ٠ نقض مصري ١٩٧٩/١٢/١٣ ، ١٩٨٠/٢/١١ ٠ المرجع السابق ذات الموضع ٠

بالدفوع الناشئة عن علاقات قانونية لا شأن لها بالعلاقة القانونية بين البنك والمستفيد ، لان الدفوع المستمدة من بطلان العلاقة الأصلية لا يجوز الاحتجاج بها الا في مواجهة المتعاقد المباشر(٥) بمعنى ان البنك يستطيع التمسك ببطلان علاقته مع المستفيد التي أساسها خطاب الضمان وليس من حقه ذلك استناداً الى أسباب ناشئة عن علاقة البنك مع المدين الآمر أو ناشئة عن علاقة المدين الآمر بالدائن المستفيد(٦) ٠

---

(٥) يتحقق الغش من جانب المستفيد في الاعتماد المستندي المؤيد عن طريق تحريف المستندات ولا يشبه ذلك وسائل الغش في خطابات الضمان ، وسنحاول اثناء الحديث عن خطاب الضمان ان نبين فكرة الغش التي تبرر للبنك مصدر الخطاب الامتناع عن وفاء قيمته ٠

(٦) مشار اليه في المرجع السابق ص ٥٩٦ هامش ٢ ٠
انظر وقائع الدعوى وحيثيات حكم النقض الفرنسي في المرجع السابق ص ٥٩٧ وما بعدها٠
انظر تمييز حقوق ٧٥/١٢ ص ١٢١٤ سنة ١٩٧٥ وورد في هذا القرار ما يميز الكفالة المصرفية عن خطابات الضمان المصرفية كما يلي : « اذا ورد في بنود عقد الشروط العامة للكفالات الموقع من الشركة المدعية والبنك المدعى عليه ان الطرفين المتعاقدين قد ارتضيا بأن يدفع البنك قيمة الكفالة الى الجهة المكفول لها بمجرد طلبها ذلك دون ان يكون ملزماً قبل ذلك بالتحقيق فيما اذا كانت قيمة الكفالة مشغولة بها ذمة الشركة أم لا ، فان ما ورد في هذا البند يعتبر ملزماً للطرفين المتعاقدين تطبيقاً لقاعدة (العقد شريعة المتعاقدين) وعملا باحكام المادة ١٧٤ من قانون أصول المحاكمات الحقوقية » ٠

الفصل الثاني

الأساس القانوني للكفالة المصرفية

٣٨ـ أورد فقهاء الشريعة الاسلامية أحكام الكفالة بعد الحديث عن عقد البيع ، ذلك لانهم قرروا أن الكفالة لا تتحقق في الوجود الا بعد البيع ، على أساس أن البائع لا يطمئن الى المشتري فيحتاج الى من يكفله بالثمن ، أو لا يطمئن المشتري الى البائع فيحتاج الى من يكفله في المبيع(١) .

أما في القانون الوضعي فوردت أحكام الكفالة في القانون الفرنسي بعد الحديث عن العقود العينية ، وفي القانون المدني المصري قبل الحديث عن العقود العينية أي بعد الحديث عن عقد البيع ، وكذلك بالنسبة للقانون الأردني اذ وردت أحكام عقد الكفالة في المواد ٩٥٠ ـ ٩٩٢ على نحو سبقتها أحكام عقود البيع والهبة والشركة والقرض والصلح والاجارة والعمل والوكالة والغرر .

والكفالة تكون تجارية (Commercial) أو مدنية (Civil) (٢) وتكون قانونية أو قضائية أو اتفاقية(٣) .

---

(١) ابن عابدين : حاشية محمد امين الشهير ابن عابدين ، المسماة رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار في فقه الامام أبي حنيفة ج ٤ ص ٢٦٠٤ . والكفالة لغة الضم قال تعالى « وكفلها زكريا » أي ضمها الى نفسه وجاء في المصباح المنير للرافعي كفلت بالمال والنفس كفلا وجاء في القاموس المحيط ، والضامن كالكفيل .

(٢) لا تكون الكفالة مدنية أو تجارية تبعاً لنوع الالتزام المكفول ، اذ قد تاتي كفالة الدين التجاري عملا مدنياً ولو كان الكفيل تاجراً . وقد حددت المادة (٦) من قانون التجارة رقم ١٢ لسنة ١٩٦٦ الأعمال التجارية بما يعني ان الكفالة قد تكون عملا تجارياً بطبيعته او بحسب الشكل أو بالتبعية .

(٣) الكفالة القانونية هي التي تقدم تنفيذاً لنص في القانون كما هو شأن المادة ١٧٧ من قانون التجارة والمادة ١٧٩ من ذات القانون ، حيث الزمت الأولى المستفيد من سند السحب الضائع لغايات الحصول على أمر من المحكمة بوفاء السند ان يثبت ملكية السند أولا وان يقدم كفيلا ثانياً كما الزمت الثانية في فقرتها الخامسة من يرغب المطالبة بوفاء قيمة النسخة الثانية من سند السحب الحصول على أمر من المحكمة وبشرط تقديم الكفيل . والكفالة القضائية هي التي يأمر بها القضاء أما الكفالة الاتفاقية فلا يفرضها القانون او القضاء بل باتفاق اطراف العقد .

والكفالة التجارية تكون مصرفية وغير مصرفية . والاولى محور حديثنا والحديث عن الأساس القانوني للكفالة المصرفية يفرض تقسيم هذا الفصل الى ثلاثة مباحث ، نتحدث في الاول عن شروطها العامة كالرضا والأهلية والمحل والسبب ٠

وفي الثاني نتحدث عن النظام القانوني للكفالة المصرفية ، من حيث ابرام العقد ، وواجبات البنك قبل التوقيع على العقد ، والمراحل التي تسبق ابرام العقد ٠ أما في المبحث الثالث فنتحدث عن آثار الكفالة المصرفية كعقد أنشأ التزامات على عاتق أطرافه ، وهذه الالتزامات هي التي تحدد العلاقة القانونية بين أطراف العقد وهي آثاره ٠

المبحث الأول

الشروط العامة في عقد الكفالة المصرفية

٣٩ـ عقد الكفالة ككل العقود المسماة يشترط لانعقاده ذات الشروط الموضوعية التي تعد أركانه العامة ، وهذه الشروط الأهلية والرضا والمحل والسبب ٠ بالاضافة الى شروط أخرى تقتضيها طبيعة هذا العقد ويتميز بها عن غيره ٠

ونناقش بايجاز الشروط الموضوعية لعقد الكفالة كما نص عليها القانون المدني في المواد ١١٦ ـ ١٦٦ بما يفيد أن هذه الشروط هي أهلية التعاقد التي تتضمن الرضا وخلوه من الاكراه والتغرير والغبن والغلط وكذلك المحل والسبب في المطالب الثلاثة التالية :

المطلب الأول

الأهلية والرضا في عقد الكفالة

٤٠ـ يشترط ان يتمتع كل طرف من اطراف العقد بالأهلية اللازمة لمباشرة التصرفات القانونية ، ونصت المادة ١١٦ من القانون المدني ان كل شخص أهل للتعاقد ما لم تسلب أهليته أو يحد منها بحكم القانون[١] ٠

ونصت المادة ١٥ من قانون التجارة على أنه « تخضع الأهلية التجارية لاحكام القانون المدني » ٠

ونصت المادة ٤٣ من القانون المدني على أن « كل شخص يبلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية ، وسن الرشد هي ثماني عشرة سنة شمسية كاملة »[٢] ٠

وعلى أساس من ذلك فان من بلغ ثمان عشرة سنة من عمره أو خمس عشرة سنة وكان مأذوناً له بمباشرة التجارة يكون ذا أهلية في التوقيع على عقد الكفالة المصرفية وتحمل آثاره اذا لم يكن مصاباً في أهليته بعارض من عوارضها ، والأهلية قد تسلب منه أو يحد منها بحكم القانون كالصغر والجنون والحجر أما عيوب الرضا فتفسد الارادة أو تعدمها كالاكراه والتغرير والغبن والغلط ٠ وأهلية الكفيل تعنى التزامه في أمواله بما

---

(١) انظر نص المادة ١٠٩ من القانون المدني المصري « كل شخص أهل للتعاقد ما لم تسلب أهليته أو يحد منها بحكم القانون » ٠

(٢) يقابل هذا النص ما ورد في المادة ٢٠١٨ من القانون المدني الفرنسي « على المدين الملتزم بتقديم كفيل أن يقدم كفيلا متمتعاً بأهلية التعاقد » ٠

ورأى البعض من الفقه ان المقصود بذلك هو أهلية الالتزام ورأى البعض الآخر أن المقصود هو أهلية التصرف ٠

انظر في ذلك د٠ محمد كامل مرسي : شرح القانون المدني الجديد العقود المسماة ، ط ١٩٤٩ ص ٤١ ٠

يعني توافر أهلية خاصة ، وورد نص المادة ٩٥٢ يفيد ذلك عندما ورد بأنه « يشترط في انعقاد الكفالة أن يكون الكفيل أهلاً للتبرع »[٣] ورأى البعض وجوب توافر أهلية التعاقد بطريق التبرع ٠

أما بشأن الرضا فيجب أن يصدر سليماً صحيحاً غير مشوب بأي عيب من العيوب بالاضافة الى ضرورة ان ينصب على شروط العقد جميعها ونحيل بشأن الأهلية والرضاء الى المؤلفات الكثيرة في فقه القانون المدني ٠

---

(٣) المرجع السابق ذات الموضع ٠

المطلب الثاني

المحـــل

٤١ـ محل التزام الكفيل هو ضمان تنفيذ الالتزام الذي يسكن ذمة المدين المكفول(١) ولا يكون هذا المحل صحيحا الا اذا انصب على التزام صحيح ، وعلى أساس من ذلك يقع باطلا التزام الكفيل بضمان الالتزام المستحيل أو المخالف للنظام العام والآداب وكذلك الذي يقع بالاكراه(٢) . ولا بد أن يكون هذا المحل محددا حتى يصبح في مقدور الكفيل ضمان تنفيذه وفي مقدور الدائن المطالبة بهذا التنفيذ(٣) ، على أنه بالاضافة الى ذلك يشترط ان يكون الالتزام المكفول صحيحا وقت ابرام عقد الكفالة . وتكون الكفالة صحيحة اذا كان الالتزام صحيحاً مهما كان نوعه سواء كان مبلغاً من النقود أم عملاً أم امتناعاً عن عمل(٤) .

وكفالة الالتزامات الباطلة باطلة ، كما اذا كان الالتزام المكفول أرباحاً فاحشة أو دين قمار . وفرق الفقه بين حالتين لتقرير الأثر القانوني لالتزام الكفيل بضمان تنفيذ المكفول اذا كان غير صحيح .

---

(١) انظر د. علي جمال الدين عوض : المرجع السابق ، ص ١٤٤ .

(٢) انظر نص المادة ٨٤٣ من مرشد الحيران (يشترط لصحة الكفالة ان يكون المكفول به مضموناً على الأصيل ديناً أو عيناً أو نفساً معلومة وأن يكون مقدور التسليم من الكفيل) وهذا النص يقابل حكم المادة ٩٥٤ من القانون المدني الذي ورد بذات الحرفية وقارن مع نص المادة ٧٧٦ من القانون المدني المصري (لا تكون الكفالة صحيحة الا اذا كان الالتزام المكفول صحيحاً) .

(٣) انظر نص المادة ٩٥٠ من القانون المدني « والكفالة ضم ذمة الى ذمة في المطالبة بتنفيذ التـــزام » .

(٤) تعد كفالة الالتزام المكفول صحيحة بصحة هذا الالتزام حتى ولو كان الباعث عليها مخالفاً للنظام العام (Order Public) لان سبب الكفالة وهو الدين المكفول صحيح.

الأولى حالة ما اذا كان الكفيل يجهل بطلان الالتزام الأصلي فهو بهذه الحالة لا يلتزم تجاه الدائن بشيء لا باعتباره كفيلاً ولا باعتباره تعهد ضمان تنفيذ الالتزام باعتباره التزاماً أصلياً على عاتقه ٠

والثانية حالة ما اذا كان الكفيل يعلم بطلان التزام المدين فان التزامه بضمان تنفيذ الالتزام المكفول يكون صحيحاً على نحو يلتزم وفاءه بصفته التزاماً أصلياً ، ذلك لانه قصد أن يلزم نفسه بالتزام أصلي لا تابع عندما تعهد وهو يعلم انه اذا دفع لا يكون له حق الرجوع على المدين(٥) ٠

وورد ما يؤكد توجه الفقه على النحو المتقدم في القانون المدني السويسري فنصت المادة ٤٩٤ بأنه « لا توجد الكفالة الا في التزام صحيح ـ الدين الناشىء عن العقد والذي لا يلتزم المدين بسبب الغلط أو نقص الأهلية يمكن ضمانه ضماناً صحيحاً اذا كان الكفيل في الوقت الذي يلتزم فيه يعلم العيب الذي يشوب العقد من جهة المدين » ٠

وحكم هذا النص لا يتفق مع النص الوارد في القانون المدني الفرنسي في المادة ٢٠١٢ بأنه (لا توجد الكفالة الا في التزام صحيح ومع ذلك تجوز كفالة الالتزام ولو كان يمكن ابطاله بسبب دفع خاص بشخص المتعهد كما في حالة القصر) ٠

---

(٥) انظر د٠ محمد كامل مرسي : المرجع السابق ، ص ٥٤ ويقول : ويجب أن لا يؤخذ هذا الحكم على اطلاقه فقد يتعهد الكفيل بضمان دين وهو عالم ببطلانه مراعياً احتمال عدم تمسك المدين ببطلان الالتزام الأصلي ففي هذه الحالة يترتب على بطلان الالتزام الاصلي بطلان التزام الكفيل ٠ ونرى انه يرد على ذلك استثناء وهو كفالة التزام ناقص الاهلية لانه اذا كانت الكفالة حاصلة بسبب نقص اهلية المدين فان البطلان بالنسبة الى الالتزام الأصلي يكون غير مؤثر في الالتزام الناشيء عن عقد الكفالة ٠

ولعل المشرع الفرنسي أراد بالحكم المتقدم ان يقرر أن الكفيل الذي يكفل ديناً من هذا القبيل يكون ضامناً للضرر الذي يتعرض له الدائن بسبب نقص أهلية المدين)[6] .

كما أن الكفالة تصح منجزة أو مقيدة بشرط صحيح أو معلق على شرط ملائم أو مضافة الى زمن مستقبل وهي تصح كذلك مؤقتة[7] .

---

(٦) انظر نص المادة ٧٧٧ من القانون المدني المصري .

(٧) انظر نص المادة ٩٥٣ من القانون المدني وقارن نص المادة ٧٧٨ من القانون المدني المصري وورد كما يلي :

(١ ـ تجوز الكفالة في الدين المستقبل اذا حدد مقدماً المبلغ المكفول كما تجوز الكفالة في الدين الشرطي .

٢ ـ على أنه اذا كان الكفيل في الدين المستقبل لم يعين مدة الكفالة كان له في أي وقت ان يرجع فيها ما دام الدين المكفول لم ينشأ) .

المطلب الثالث

السبب

٤٢ـ سبب الالتزام في عقد الكفالة هو الغرض المباشر من اتجاه نية الكفيل الذي ينصب على تعهده وضمان تنفيذ التزام المدين ، وهذا السبب لا بد أن يكون مشروعاً ، ويفترض في عقد الكفالة ان يكون سبب التزام الكفيل بضمان التزام المكفول مشروعاً لان الكفالة تبرعية ٠

ولعل المشرع قصد أن يرد سبب التزام الكفيل ليمتزج مع التزام المدين بحيث يكون السبب هو العلاقة الأصلية التي من أجلها ابرم عقد الكفالة وترتب التزام الكفيل بموجبه كأثر للعلاقة السابقة ، وقد تكون هذه العلاقة بعوض كما لو كانت بيعاً أصبح بموجبه المدين المكفول مديناً بالثمن أو قرضاً أصبح فيه مديناً بقيمته أو وكالة أصبح فيها مديناً بأجر الوكيل أو المصاريف التي انفقها وقد تكون هذه العلاقة تبرعية كما هو شان الهبة والكفالة التبرعية ٠

ولان العلاقة الأصلية هي سبب التزام الكفيل فمن الضروري ان لا يكون سببها مخالفاً للنظام العام أو الآداب والا بطل الالتزام لانعدام سببه أو عدم مشروعيته(١) ٠

وفي ذلك قضت محكمة النقض المصرية بأن : الكفالة يمكن ان ترد على أي التزام متى كان صحيحاً وأياً كان نوعه أو مصدره ما دام يمكن

---

(١) انظر نص المادة ١٣٦ من القانون المدني المصري « اذا لم يكن للالتزام سبب أو اذا كان سببه مخالفاً للنظام العام او الآداب كان العقد باطلا » ٠ وقارن مع المادة ١٦٥ من القانون المدني حيث نصت على ان :
١ ـ السبب هو الغرض المباشر المقصود من العقد ٠
٢ ـ ويجب ان يكون موجوداً وصحيحاً ومباحاً غير مخالف للنظام العام أو الآداب ٠

تقديره نقداً أو يترتب على عدم تنفيذه الحكم بتعويضات . وليس في أحكام الكفالة ما يمنع من ان يكفل شخص واحد تنفيذ الالتزامات المترتبة على عقد في ذمة عاقدية كليهما بأن يتعهد لكل منهما بأن يفي له بالتزام المتعاقد الآخر في حالة تخلف هذا المدين عن الوفاء به .

وفي هذه الحالة ينعقد عقد الكفالة بين الكفيل وبين كل من المتعاقدين باعتبار كل منهما دائناً للآخر بالالتزامات المترتبة له في ذمته بمقتضى العقد الأصلي المبرم بينهما .

المبحث الثاني

النظام القانوني للكفالة المصرفية

٤٣ـ قدمنا ان الكفالة بأنواعها المدنية والتجارية والمصرفية وغير المصرفية والقانونية والقضائية والاتفاقية ، عقد تحكمه القواعد العامة في القانون المدني ، وأنه يمكن لاطراف العقد ان يتفقوا على ما يخالف القواعد العامة عندما لا تكون القاعدة التي جرت مخالفتها آمرة(١) .

والاتفاقات التي خرج بها المتعاملون مع البنوك فيما بينهم أو فيما بينهم وبين البنوك أصبحت قواعد واعراف حددت شروطاً خاصة لابرام عقد الكفالة المصرفية وبينت واجبات البنك ووصفت محل العقد وتدخلت في وسائل اثباته ، وهذه القواعد تشكل النظام القانوني للكفالة المصرفية . ونناقش في المطالب الثلاثة التالية مكونات هذا النظام ونتحدث فيها عن المراحل التي تسبق ابرام العقد والالتزامات قبل التعاقدية وابرام العقد وواجبات البنك والعميل كل فيما يخصه بشأن تقديم المعلومات وبيان الشروط وسلطات مدير البنك في التوقيع على العقد .

---

(١) نظم قانون التجارة العماني الصادر بالمرسوم رقم ٥٥ لسنة ١٩٩٠ أحكام الكفالة التجاريه في المواد ٢٣٢ ـ ٢٥١ ، وناقش آثار عقد الكفالة التجارية في المواد ٢٣٨ ـ ٢٥١ .

المطلب الأول

مراحل ابرام عقد الكفالة المصرفية

٤٤ـ ان عمليات منح الائتمان من أهم وظائف البنوك التجارية ، ورغم الربح الوفير الذي تحققه البنوك من وراء ذلك الا انها في حالة خطر دائم من المتوقع ان يفوق أية مخاطر قد تلحق منشآت تجارية اخرى ، ولعل السبب يكمن في أن البنوك تتعامل بأموال لا تملكها ولا يمكنها التحكم في عملية الايداع على نحو يوازي عملية التسهيلات التي تقدمها للعملاء بصورة الائتمان ٠

لذلك تبقى البنوك قلقة وهي بدور ابرام عقد تقدم فيه تسهيلات ائتمانية غير مضمونة النتائج ، وتسعى على اساس ذلك الى تجنب العمليات التي تنطوي على مخاطر تبدو واضحة ، وفي الوقت ذاته لا ترفض كل العمليات ولو انطوى بعضها على نوع من الخطورة لانها تحتاط ما وسعها ذلك لتخفيف هذه المخاطر الى الحد الأدنى[١] ٠

لذلك فان المراحل التي تسبق ابرام العقد نجملها فيما يلي :

٤٥ـ ١ ـ **دراسة العملية ومخاطرها :**

تنطوي الكفالة المصرفية على مخاطر قد تلحق بالبنك خسائر جسيمة بحيث يصبح معرضاً للوفاء من ماله الخاص سواء الدين الأصلي الذي ضمن عميله في وفائه أو الغرامات والتعويضات التي قد تترتب على اخلال العميل بالوفاء بالتزاماته في الوقت المناسب ٠ لذلك يحرص البنك على دراسة العملية المطلوب تقديم ضمانه لأجلها بحيث يستطيع بعد ذلك ان

---

(١) انظر في ذلك د٠ محي الدين اسماعيل علم الدين : موسوعة اعمال البنوك من الناحيتين القانونية والعملية ، الجزء الأول ط ١٩٨٧ ص ٥٣٣ ٠

د٠ حياة شحاتة : مخاطر الائتمان في البنوك التجارية ٠ رسالة دكتوراه ٠ جامعة القاهرة ١٩٨٩ ص ٦ ٠

يحدد ما اذا كان معرضا الى جانب الوفاء بالدين الأصلي لدفع غرامات أو تعويضات ، ويتعين على البنك دراسة النظام القانوني للعملية المضمونة وشروطها ومدتها[٢] .

٤٦ـ ٢ ـ دراسة المركز المالي للعميل :

بالاضافة الى ان عقد الكفالة المصرفية يقوم على الاعتبار الشخصي فان المركز المالي لا بد ان يطمئن اليه البنك ، ذلك لانه وهو يمنح الكفالة يلتزم مدة طويلة تستغرق بعض العمليات عدة سنوات ولا يستطيع خلالها التخلص من التزامه بظهور اشارة تنذر بهبوط الاسعار أو ركود الاقتصاد أو سوء المركز المالي للعميل .

لذلك فمن الضروري ان يتحرى البنك بصورة دقيقة مدى ملاءة هذا العميل ، ويمكن ان يتحقق من ذلك بعد ان يطلع على الميزانية وحسابات الأرباح والخسائر وحسابات الاستثمار ، ويهتم البنك في سبيل تحري مدى ملاءة عميله بمعرفة القروض والاعتمادات الممنوحة له أو تلك التي قدمها للغير بالاضافة الى أنواع الديون ومقدارها ومواعيد استحقاقها[٣] ومقدرة هذا العميل على الوفاء بها في مواعيدها من خلال العوامل المتعددة كشخصية العميل وملاءته من حيث رأس ماله المادي والمعنوي[٤] .

---

(٢) انظر المحامي سويلم نصير : الكفالة المدنية والكفالة المصرفية (خطاب الضمان) محاضرات القيت في معهد التدريب المصرفي في الشارقة بدولة الامارات العربية المتحدة .

(٣) المحامي سويلم نصير : المرجع السابق ، ص ٢٩ ويقول (وكذلك يجب على البنك ان يدرس النظم القانونية للعملية التي يريد ضمانها وشروطها ومدتها ومدى الفائدة المتحصلة من تنفيذها وعلى البنك ان يدرس كذلك المركز المالي للشخص الذي يطلب الكفالة من حيث ملاءته وتوقعات الربح والخسارة من المشروع الذي ستصدر الكفالة من أجله ..) وراجع د. بغدادي نجاة : المرجع السابق ، ص ٣٣٨ .

(٤) انظر في الاعتبارات والعوامل التي توضح مقدرة العميل د. حياة شحاتة : المرجع السابق ، ص ٦٥ وتقول هناك عدة عوامل هي الشخصية . المقدرة . رأس المال . الظروف ، الضمان (Good Citizen ' Cash Flow ' Wealth ' Condition ' Security) .

ولعل في هذه الأساليب ما يحد من مخاطر عمليات الائتمان ، وهناك أساليب أخرى تندرج في قائمة مفردات دراسة المركز المالي للعميل مثل مراقبة حركة حساباته لدى البنوك والمؤسسات المالية والتجارية ومراقبة التصرفات التي يجريها وأثرها على ممتلكاته ٠

٤٧ـ ٣ ـ دراسة شخصية العميل :

لا يهتم البنك بدراسة المركز المالي للعميل فحسب ولا يكتفي بالتحري عن يسارة ، بل يهتم كذلك بسلوكه وحسن نيته ومدى قدرته وأسلوب ادارته للمؤسسة بالاضافة الى أمانته وحرصه على نجاح مؤسسته(٥) ٠ والبنك اثناء دراسته معاملة العميل لمنحه تسهيلات بنكية يتساءل اذا كان بمقدور هذا العميل ان يعيد المبالغ التي سيقدمها له ٠ وفي مجال الكفالة المصرفية يطرح البنك تساؤلات اكثر وادق مثل (هل يقاوم العميل اغراء السوق ، هل يقاوم الرغبة في التدليس أو غش ادارة الجمارك أو ادارة الضرائب ، هل يعتبر العميل قادراً على ادارة المؤسسة ٠ ومثل هذه التساؤلات يطرحها البنك على نفسه ويجيب عليها بعد قيام الأقسام المختصة بتقديم التقارير اللازمة عن شخصية العميل ٠

---

(٥) انظر د٠ بضراني نجاة : المرجع السابق ٠ ص ٣٣٩ وتقول (والواقع ان هذا التحليل لشخصية العميل طالب الكفالة يؤكد لنا مدى تميز وتفرد الاعتماد بالكفالة بالمقارنة مع باقي أنواع الائتمان المصرفي الأخرى كما يثبت لنا في نفس الوقت بأن هذا الاعتماد يعتبر قائماً على الاعتبار الشخصي) وقارن د٠ علي جمال الدين عوض : المرجع السابق ص ١١٥٨ ويتساءل بالقول هل للكفيل دفع مطالبة البنك لعدم تقديمه معلومات عن مركز المدين وص ٥٢٦ حيث يقول (ويولي البنك اهتمامه كذلك شخص طالب الكفالة من حيث يساره وأمانته وكفاءته في الادارة لمعرفة مدى حرصه ونجاحه في تنفيذ الأعمال التي يطلب الكفالة بشأنها لذا يعتبر الاعتماد بالكفالة قائماً على الاعتبار الشخصي) ٠

المطلب الثاني

الالتزامات السابقة على التعاقد

في عقد الكفالة المصرفية

٤٨ـ تتقرر المسؤولية في حالتين ، الأولى الناتجة عن الاخلال بالالتزامات العقدية وهي المسؤولية العقدية ، والثانية الناتجة عن الضرر الذي يحدثه الشخص ولو غير مميز[١] وهي المسؤولية التقصيرية ·

واذا كانت المفاوضات لم تنجح بين الطرفين لابرام عقد الكفالة المصرفية فلا نكون أمام التزامات ترتبت بذمة المتفاوضين لابرام عقد الكفالة بالرغم من عدم التوصل الى ابرام هذا العقد ، وهذه الالتزامات السابقة على التعاقد أساسها مبدأ حسن النية في التفاوض بالاضافة الى المحافظة على أسرار اطلع أحد المفاوضين الآخر عليها بمناسبة السعي لابرام العقد[٢] ·

على انه اذا اتفق المتفاوضون مبدئياً على الأسس التي ستكون محور التفاوض لابرام العقد ، فان في ذلك أساساً ليحافظ الطرفان على الأسرار التي يتلقاها كل منهما من الآخر ، سيما ان البنك سيحاول معرفة كل أسرار العميل من موازنات والتزامات وحقوق وأسرار مهنية واختراعات وغير ذلك ، والاخلال من قبل أحد الاطراف بواجب المحافظة على هذه الأسرار قد يرتب ضرراً للطرف الآخر يتقرر على أساسه التعويض ·

(١) انظر نص المادة ٢٥٦ من القانون المدني (كل اضرار بالغير يلزم فاعله ولو غير مميز بضمان الضرر) وقارن مع نص المادة ١٦٣ من القانون المدني المصري (كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض) ويلاحظ اختلاف الحكمين في النص الأردني والمصري اذ تقوم المسؤولية التقصيرية في الأول على الضرر وتقوم في الثاني على الخطأ والضرر ·

(٢) انظر تفصيلا في الالتزامات قبل التعاقد

Henry. P. de vries : International Contract - ed. 1982. P. 53.

ومن جهة ثانية قد يقطع أحد الاطراف المفاوضات بدون سبب مشروع بعد ان تكون قطعت شوطاً متقدماً لابرام العقد مما يرتب ضررا للطرف الأخير يبرر له المطالبة بالتعويض[٣] هذا وان قطع المفاوضات بحد ذاته لا يشكل خطأ تقوم على أساسه مسؤولية أحد المتفاوضين حتى ولو كان الطرف الذي قطعها يعلم ان الطرف الآخر تكبد نفقات في سبيل ابرام العقد ، وانه منذ ان أدخل الفقيه الالماني إهرنج مبدأ المسؤولية عن الخطأ عند التعاقد من خلال مفهوم حسن النية أخذت معظم التشريعات في الأنظمة القانونية المختلفة بهذا المبدأ[٤] • وتم تقرير التوصل الى الخطأ الموجب للمسؤولية على أساس ان الخطأ هو عكس التفاوض بحسن نية وبالتالي فان الخطأ الموجب للمسؤولية يستدل عليه من خلال فكرة السلوك المعيب أو المخل •

والمحافظة على سرية المعلومات قاعدة تبدو طبيعية مقررة لصالح العميل لانه صاحب السر ، والعميل هو الشخص الذي توجه الى البنك بقصد التعاقد معه على ان يقدم له خدمات معينة تنتهي بالدخول في علاقة مصرفية ولو لم يوفق لابرام أية عقود[٥] •

ومع ذلك فان السرية في المعلومات التي تتبادلها البنوك فيما بينها للصالح العام وصالح الائتمان لا ترتب أية مسؤولية ما دام جمع هذه المعلومات وتبادلها يبقي بصورة سرية ، أما اذاعتها للجمهور فأمر غير جائز ويرتب مسؤولية •

---

(٣) وهو ذات الشان لو وعد أحد البنوك عميلا له بمنحة كفالة ليتقدم بها الى أحد المؤسسات الحكومية التي ستحيل عليها عطاء بمبالغ كبيرة واثناء المفاوضات لابرام العقد قطع البنك المفاوضات ورفض تنفيذ الوعد وخسر العميل الصفقة في العطاء الذي احيل على شخص آخر •

(٤) أثر هذا المبدأ على التشريعات السويسرية • انظر للمؤلف المرجع السابق ص ١٩٩ •

(٥) انظر د• علي جمال عوض : المرجع السابق ص ١١٧٨ ويقول « الأصل ان يكتم البنك المعلومات التي يتوافر لها وصف السر فلا يبوح بها الا متى أحله صاحب الحق في السر من هذا الالتزام ومتى كان عليه واجب قانوني بافشائه حماية لمصلحة أعلى واجدر بالرعاية من المصلحة المقررة لصاحب السر في كتمانه » •

وقضت احدى محاكم استئناف فرنسا بان اعداد وتحرير القوائم السوداء (قوائم العملاء سيء السمعة) ليس في ذاته خطأ ما دام تبادلها يكون فيما بين البنوك بصفة سرية وبعد ذلك اذا اذيع لغيرهم سواء كان الافشاء عمدا أو عن إهمال فيرتب مسؤولية ٠

وقضت محكمة استئناف باريس في حكم لها بتاريخ ١٩٧٥/٢/٦ انه (لا يوجد نص يلزم باحترام سر المهنة مديري وموظفي البنوك الخاصة كما هو موجود بالنسبة للصيارفة ، ومع ذلك فان عدم وجود هذا النص لا يعفي البنك من كل التزام في هذا الشأن فلا يجوز للبنك على هواه ودون نظر الى الآثار التي تلحق عملاءه ان يفشي المعلومات التي يكون بحكم مهنته — الحائز الوحيد لها)[٦] ٠

ويتوافر هذا الخطأ اذا افشي أحد المتفاوضين سرية المعلومات التي اطلع عليها واعتبر من السلوك المعيب الذي يشكل خطأ من جانب المفاوض اذا اغفل توثيق بعض المعلومات على أساس ان هذا الاغفال يعد انتهاكاً لواجب التفاوض بحسن نية[٧] ٠

ونرى ان مساءلة البنك تقوم على مبدأ التعسف وفق القواعد العامة لهذا المبدأ على أساس أنه اذا كان البنك يتمتع بالحرية التامة ويخضع فيما يتعلق بمسؤوليته لاحكام القانون الخاص على نحو لا يجوز الغاء حريته ،

---

(٦) انظر د٠ علي جمال الدين عوض : المرجع السابق ص ١١٩٧ ويقول (والبنك بوصفه أميناً اضطرارياً ووديعاً ومديراً للمصالح المالية لعملائه يمتنع عليه ان يكشف لأي شخص كان عن مركز او عملية لعملية لا يريد ان تكون محلا لاعلان ولا تعتبر العادة التي تسمح للبنك باعطاء معلومات عن عملائه سوى استثناء من ضرورة المحافظة على أسرار العملاء التي تظل القاعدة الأساسية في المهنة المصرفية وفي العلاقات التعاقدية) ٠

(٧) اتجه القضاء الفرنسي الى انه في المرحلة التمهيدية للمفاوضات لا بد من توافر التزامات معينة من الأمان وحسن النية من أجل البدء في هذه المفاوضات لاتمام العقد وان توافر الخطأ بما يعكس النية الحسنة يوجب المسؤولية كما هو في حال قطع المفاوضات التي وصلت مرحلة متقدمة بدون أسباب سائغة ٠
انظر للمؤلف : المرجع السابق ذت الموضع ٠

أو سلطته التقديرية في منح الكفالة ، الا انه يقابل ذلك ان هذه الحرية تخضع لما يخضع له استعمال الحقوق أو الرخص القانونية المحكومة بشرط عدم التعسف ، ويمكن اثبات التعسف في عدم منح الكفالة في حالة قطع المفاوضات رغم ما فيه من صعوبة ٠

ومع ذلك فان الأمر منوط بالسلطة التقديرية للمحكمة التي تقررها على أساس من المامها بالملابسات والظروف التي تخص كل حالة[٨] ولعل الصعوبة تكمن في امكانية اثبات انعقاد المسؤولية بتوافر الخطأ والضرر والعلاقة السببية ذلك انه اذا أمكن اثبات الخطأ من جانب البنك فيستلزم لتقرير المسؤولية اثبات الضرر كنتيجة لهذا الخطأ بما يعني ان هناك علاقة سببية بين الخطأ والضرر وهو أمر ان لم يكن مستحيلا فهو عسير[٩] ٠

---

(٨) انظر د٠ محمود مختار البريري : المسؤولية التقصيرية للمصرف ٠ ط ١٩٨٦ ص ١٦٩ وما بعدها ويقول (٠٠٠ لانه اذا كان صحيحاً ان المفاوضات عمل مادي لا ينشىء التزامات الا ان هذا مشروط أيضاً بعدم التعسف ٠٠٠) ويقول كذلك (ولذا فالأمر مرجعه في النهاية لحسن تقدير القاضي) ويقول أيضاً (ان نجاح طالب فتح الاعتماد في اثبات انتفاء المخاطر نظراً لما يقدمه من ضمانات مثلا يمكن ان يعد كافياً كي ينتقل عبء الاثبات الى المصرف لاثبات سلامة المبررات التي يستند اليها من رفضه الاستجابة لطلب فتح الاعتماد) ٠

(٩) المرجع السابق ص ١٧٠ و ٢٠٠ ٠

المطلب الثالث

ابرام العقد

٤٩ـ يبرم عقد الكفالة المصرفية اذا التقى تصرفان صدر كل منهما عن ارادة حرة غير معيبة بعيب يفسد الرضا ويخضع هذا العقد كغيره من العقود للقواعد العامة بما يعني توافر شروط الانعقاد في القانون العام وهي الرضا والمحل والسبب بالاضافة الى الأهلية وخلو الارادة من العيـــوب(١) .

ومع ذلك فمن حق طرفي العقد ان يضمنا عقدهما شروطا لاتخالف بطبيعة الحال القواعد القانونية الامرة وهي في مجملهـا النظام العـام والاداب .

ولجأت البنوك الى اعتماد نماذج تتضمن شروطا مطبوعة مسبقاً لا ينقصها غير تعبئة الفراغ في هذه النماذج كتثبيت التاريخ ومقدار المبلغ المضمون أو الالتزام أو المدة ، ومثل هذه النماذج تعتمدها البنوك عندما تمنح كفالتها لاحد عملائها لصالح احدى الجهات الحكومية .

وفي حالة ثانية تمنح فيها البنوك كفالتها لعملائها لصالح جهات غير حكومية وفق الشروط التي يتم تثبيتها في العقد بعد الاتفاق عليها ، وبهذه الصيغة يحرص البنك الكفيل على ضمان حقوقه تجاه عميله الذي منحه هذه الكفالة لصالح شخص ثالث هو الدائن ، في حين يحرص الدائن على ان تكون حقوقه مضمونة وفق شروط تتضمنها صيغة العقد ، أما المدين المكفول فبدون شك لا يملك المقدرة على وضع أية شروط .

وتاسيسا على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين فمن حق اطراف هذا العقد تضمينه الشروط والبيانات التي لا تخالف النظام العام أو الآداب

(١) انظر في ذلك المؤلفات الكثيرة في القانون المدني .

كشرط عدم المزاحمة الذي بمقتضاة يتنازل الكفيل عن اجراء اية متابعة او رجوع ضد المدين الاصلي اذا كان من شانة مزاحمة الدائن على أن يبقى هذا الشرط قائماً طالما لم يحصل هذا الدائن على دينه ، وشرط الافضلية والتتبع على كفلاء آخرين ، وهذا الشرط يفرضه البنك الكفيل في حالة تعدد الكفلاء وهو الذي يحقق له افضلية الرجوع على المدين مقدما على باقي الكفلاء الاخرين[٢] .

ويجوز اشتراط شمول الكفالة ملحقات الدين المضمون ونفقات المطالبة وهو ما نصت عليه المادة ٩٦٠ من القانون المدني[٣] .

---

(٢) يجدر بالذكر ان هذا الشرط لا ينتج أثراً بالنسبة للغير الا اذا والحق هذا الغير عليه ولذلك لا يحقق شرط الأفضلية امتيازاً للبنك الكفيل على باقي الكفلاء الا اذا وافقوا عليه انظر في ذلك د. بضراني نجاة : المرجع السابق ص ٣٤٦ .

(٣) يقابل هذا النص نص المادة ٧٨١ من القانون المدني المصري .

المبحث الثالث

آثار عقد الكفالة المصرفية

٥٠ــ العقد مصدر التزامات اطرافة التي بموجبها يتحمل كل طرف منهم واجبا قانونيا بمقتضاة يقوم بأداء مالي للاخر ويشمل هذا الاداء كل ما يمكن تقديرة بمبلغ من النقود[١] ٠

والالتزام كأثر من آثار العقد عرفة المرحوم الاستاذ السنهوري بأنه (حالة قانونية يرتبط بمقتضاها شخص معين بالقيام بعمل او بامتناع عن عمل ذى قيمة مالية أو أدبية[٢] ٠

وهكذا يتوجب على طرفي العقد الوفاء بما يترتب على كل منهما من التزام مع مراعاة حسن النية وشرف التعامل وفق المبادىء المؤسسة على الالتزام بمبادىء الشرف التجاري في كافة مراحل العقد ٠

والتزامات البنك الكفيل والدائن في عقد الكفالة المصرفية متنوعة ويخرج بعضها عن مألوف الالتزامات في العقود المسماة الأخرى ، لذا نستعرض آثار عقد الكفالة المصرفية لجهة التزامات أطرافة في ثلاثة مطالب ، نناقش في الاول التزامات البنك الكفيل وحقوقة ، وفي الثاني التزامات الدائن المستفيد وحقوقه ، وفي الثالث نناقش العلاقة فيما بين البنك الكفيل والمدين ٠

---

(١) انظر في تعريف الالتزام الدكتور جميل الشرقاوي : النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام ط ١٩٨١ ص ١٠ وما بعدها د٠ محمد لبيب شنب : دورس في نظرية الالتزام ط ١٩٧٦ ص ٣٠ ٠

(٢) د٠ عبدالرزاق السنهوري : النظرية العامة للالتزامات نظرية العقد ط ١٩٣٤ ص ٢١ وما بعدها وانظر نص المادة ٨٧ من القانون المدني ٠

المطلب الأول

التزامات البنك الكفيل وحقوقة

٥١ـ يرتب عقد الكفالة المصرفية على عاتق البنك الكفيل الالتزام بوفاء الدين للدائن اذا تخلف المدين عن أدائه ، ولان كفالة البنك تضامنية وفق ما استقر عليه العرف المصرفي وما يرتبة العقد فالدائن بالخيار في أن يبدأ بمطالبة أيهما[١] ·

وعليه فان التزام البنك الكفيل يمنعه من التمسك بالدفع بأن العميل افلس[٢] أو ان الدائن منح آجلا للمدين بالوفاء لان التزام البنك يوجب عليه الوفاء للمستفيد اذا طالبه وللدائن المطالبة بمجرد حلول أجل الدين · ويقول الاستاذ علي جمال الدين عوض في هذا الشأن انه (اذا كان أجل التزام الكفيل يحل في نفس وقت حلول أجل الدين المضمون كان للدائن ان يطالب الكفيل وقت حلول أجل الالتزام المضمون) ·

أما اذا حل أجل التزام الكفيل قبل حلول التزام المضمون فمعنى ذلك ان التزام الكفيل أشد من الالتزام الأصلي فيؤجل التزام الكفيل حتى يحل الالتزام الأصلي فان مد الدائن أجل الالتزام الأصلي الى ما بعد أجل التزام الكفيل كان للكفيل أما ان يفي الدين الأصلي فور حلول التزامة هو واما ان ينتظر ويستفيد من مد الاجل[٣] ·

---

(١) يقصد بان البنك ملتزم بالدفع اذا تخلف المدين عن الوفاء ان المدين اذا وفى برئت ذمة البنك · انظر في هذا الاتجاه د· محي الدين اسماعيل علم الدين : موسوعة أعمال البنوك ج ١ ط ١٩٨٧ ص ٦٢٠ وما بعدها ·

(٢) يشترط ان يتقدم الدائن في تفليسة المدين ليحق له الرجوع على الكفيل انظر المادة ٩٧٨ مدني ·

(٣) د· علي جمال الدين عوض : المرجع السابق ص ١١٥٠ · وانظر المادة ٩٦٧ مدني وقارن مع نص المادة ٧٨٨ مدني مصري (لا يجوز للدائن ان يرجع على الكفيل وحده الا بعد رجوعه على المدين) ·

على ان التزام البنك بالوفاء لا بد لكي يجبر عليه ان يحصل على سند تنفيذي ضده كالاوراق التجارية والحكم القضائي[٤] وعلى الدائن ان يثبت حقه في مطالبة الكفيل على نحو يبين منه ان المدين لم يدفع ٠

اما حقوق البنك الكفيل فتتلخص في الدفوع التي يمكنه التمسك بها في مواجهة الدائن ، والدفوع التي يتمسك بها في مواجهة الدائن تشمل الدفع ببراءة ذمته تبعا لبراءة ذمة المدين ، لان الالتزام في عقد الكفالة بوصفه تابعاً لالتزام المدين ينهار مع انهياره بما يعني ان انقضاء الدين الاصلي بالابراء يؤدي الى ابراء الكفيل من التزامه بضمان المدين[٥] ٠

ويلحق بذلك كل دفع يؤدي الى انقضاء الالتزام الأصلي المكفول مثل الوفاء والمقاصة واتحاد الذمة والتقادم بالاضافة الى بطـلان الالتـزام الأصلي ، ويتمسك الكفيل بهذه الدفوع باسمه لا باسم المدين وهو حق له ولو تنازل المدين عنه[٦] ٠

اما الدفوع الخاصة بالكفيل فهي الدفع بسقوط الاجل ذلك ان من حق الكفيل ان يدفع مطالبة الدائن نتيجـة سقوط اجـل الديـن المضمون وبالتالي لا يجوز مطالبة الكفيل قبل انقضاء الاجل الاصلي ولايؤثر في مركزة ما حدث من افلاس او اعسار او توقف عن الدفع ٠

---

(٤) يمكن ان يكون سند الكفالة ذاته تنفيذياً اذا كان معقوداً بشكل رسمي وضمن ما يمكن معه ان ينفذ كما هو شأن سند وضع الأموال غير المنقولة تاميناً للدين ٠

(٥) يستثنى من هذه القاعدة الابراء الناتج عن الصلح الواقي من الافلاس وكذلك حالة افلاس المدين شريطة ان يتقدم الدائن في التفليسة بما يمكنه من الرجوع على الكفيل ٠

(٦) انظر تمييز حقوق ٧٢/٧١٥ ص ٣٦٧ مجلة نقابة المحامين ١٩٨٤ وورد فيه (ان التزام الكفيل يتبع التزام الأصيل عملا بالمواد الباحثة عن آثار الكفالة بين الكفيل والدائن) ٠

المطلب الثاني

التزامات الدائن وحقوقة

٥٢ـ تحدد التزامات الدائن وفق العقد المبرم فيما بينه وبين الكفيل على أساس من الحرية التعاقدية ، وبذلك يلتزم بما وجب عليه في هذا العقد بالاضافة الى ما أوجبه القانون ، ويلتزم الدائن ان يسلم الكفيل المستندات اللازمة لاستعمال حقة في الرجوع على المدين[١] والتخلي له عن آية توثيقات عينية[٢] .

أما حقوق الدائن فهي الوجه المقابل لالتزامات الكفيل وتعني ان له ان يطالب البنك الكفيل بتنفيذ التزامه المتمثل بالدين وملحقاته ونفقات مطالبته ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك وهو ما نصت عليه المادة ٩٦٠ من القانون المدني ووردت على النحو التالي : (تشمل الكفالة ملحقات الدين ومصروفات المطالبة ما لم يتفق على غير ذلك)[٣] ويقول المرحوم الاستاذ السنهوري بمناسبة حديثه عن النص المصري الذي يقابل هذا النص (يفرض هذا النص ان الكفيل قد كفل الالتزام المكفول كله دون نقص أو زيادة أو كفل الالتزامات الناشئة عن عقد معين وليس هناك اتفاق خاص بملحقات الدين بل كانت مسكوتاً عنها ويراد تحديد مدى التزام الكفيل ... ويضمن الكفيل كذلك الالتزامات الاضافية التي يضعها قانون جديد صدر بعد الكفالة على عاتق المدين)[٤] .

---

(١) انظر المادة ٩٨٠ من القانون المدني .

(٢) انظر المادة ٩٨١ من القانون المدني .

(٣) انظر ما يقابل هذا النص المادة ٧٨١ من القانون المدني المصري وتنص على انه (اذا لم يكن هناك اتفاق خاص فان الكفالة تشمل ملحقات الدين ومصروفات المطالبة الاولى وما يستجد من المصروفات بعد اخطار الكفيل) وتقابل هذه المادة ٩٩٠ مدني ليبي و ٧٤٧ مدني سوري ، ١٠١٥ مدني عراقي ، ١٠٦٦ مدني لبناني ، ٦٦٣ مدني سوداني ، انظر في ذلك د. معوض عبدالتواب : مدونة القانون المدني ج ٢ ط ١٩٨٧ ص ١٥٣٧ .

(٤) مشار اليه في د. علي جمال الدين عوض : المرجع السابق ص ١١٤٧ .

المطلب الثالث

العلاقة فيما بين البنك الكفيل والمدين

٥٣ـ ان المخاطر التي يتعرض لها البنك تبرر اتخاذ الاحتياطات التي تدرؤها ، لذلك يسعى الى الحصول على ضمانات تخفف حدة هذه المخاطر وهذه الضمانات ، إما ان تكون رهناً عقارياً على مال يملكه المدين أو رهناً حيازيا على مستندات يقدمها المدين للبنك ، وقد يكون هذا الضمان شخصيا بحيث يتعهد من خلاله شخص ذو اعتبار وملاءة ان يضمن المدين بأن يوقع على ورقة تجارية وغير ذلك من الضمانات ٠

ومن هنا تنشأ العلاقة فيما بين البنك والمدين بصدور كفالة تضمن المدين في وفاء التزامه للدائن في الوقت المحدد ، والبنك في هذه الحالة يطمئن الى وجود الضمانات لديه ٠

وفي الوقت ذاته ينشأ عن علاقة الكفيل بالمدين ما يفرض على الاخير أخبار الكفيل اذا أدى الدين الى الدائن ، لان الكفيل اذا قام بالوفاء بعد وفاء المدين يكون له ان يرجع بما وفى على المدين أو الدائن(١) ٠

ويرجع الكفيل على المدين بما كفله لا بما اداه ، ذلك ان البنك اذا أدى الى الدائن شيئا غير الدين فانه لا يرجع بهذا الشيء على المدين بل يرجع عليه بما كفله به وكذلك فان البنك يرجع على المدين بما صالح عليه الدائن بمعنى انه اذا تمت مصالحة بين الدائن والبنك على ان يدفع جزءاً من الدين فليس للبنك ان يرجع على المدين بأكثر من هذا الجزء الذي تمت المصالحة عليه(٢)

---

(١) انظر نص المادة ٩٨٣ مدني وقارن مع نص المادة ٧٩٨ مدني مصري وما يقابلها المواد ٨٠٧ مدني ليبي و ٧٦٤ مدني سوري و ١٠٣٣ مدني عراقي و ١٠٨٦ موجبات وعقود لبناني و ٦٨٠ مدني سوداني و ١٥١١ مدني تونسي ٠ وانظر كذلك نصوص المواد ٧٩٩ و ٨٠٨ ، ٧٦٥ ، ١٠٣٣ ، ١٠٨٤ ، ٦٨١ ، ١٥٠٩ من القوانين الليبي والسوري والعراقي واللبناني والسوداني والتونسي على التوالي مشار الى ذلك في د٠ معوض عبدالتواب : المرجع السابق ص ١٥٥ ٠

(٢) انظر المادة ٩٨٢ مدني ٠

ويتفرغ عن هذه العلاقة ان للكفيل الذي أدى الدين المضمون حق الرجوع بما أدى على المدين ، وله في هذه الحالة دعويان ، **الأولى شخصية والثانية دعوى الحلول** ، وهو اذ يرجع بالأولى على المدين يستند الى نص المادة ٩٨٢ من القانون المدني و ٩٨٥ من ذات القانون التي تنص على أن (للكفيل ان يرجع على المدين بما يؤديه من نفقات لتنفيذ مقتضى الكفالة) والكفيل يرجع على المدين بأصل الدين والفوائد والمصروفات على نحو ما هو مستفاد من نص المادتين ٩٨٢ ، ٩٨٥ من القانون المدني التي تقابل نص المادة ٢٠٢٨ من القانون المدني الفرنسي وتنص على ان (للكفيل الذي دفع الدين ان يرجع على المدين سواء كانت الكفالة قد عقدت بعلم المدين أم بغير علمه ويكون رجوعه من أجل أصل الدين وأيضاً من أجل الفوائد والمصروفات)[٣] ٠

ومع ذلك لا يكون للكفيل ان يرجع الا بالمصروفات التي انفقها من وقت اخباره المدين الأصلي بالاجراءات المتخذة ضده[٤] أما دعوى الحلول محل الدائن فهي الدعوى التي تخول الكفيل الذي دفع الدين ان يحل محل الدائن في حقوقه تجاه المدين ٠ ولان الحلول من مستلزمات الوفاء فمن حق الكفيل أيضاً ان يحل محل المدين الذي دفع عنه على نحو يحل محله في حقه في الرجوع على المدينين معه[٥] ٠

---

(٣) يقابل هذا الحكم نص المادة ٨٠٠ من القانون المدني المصري (للكفيل الذي وفى الدين ان يرجع على المدين سواء كانت الكفالة قد عقدت بعلمه أو بغير علمه) ٠
ويقابل هذا الحكم حكم المواد ٨٠٩ ، ٧٦٦ ، ١٠٣٣ ، ١٠٨٠ ، ٦٨٢ ، ١٥٠٥ من القوانين الليبي والسوري والعراقي واللبناني والسوداني والتونسي على التوالي مشار الى ذلك في د٠ معوض عبدالتواب : المرجع السابق ص ١٥٥ ٠

(٤) انظر النص باللغة الفرنسية المادة المشار اليها وترجمتها الى العربية في د٠ محمد كامل مرسي : العقود المسماة ط ١٩٤٩ ص ١٤١ ٠

(٥) د٠ محمد كامل مرسي : المرجع السابق ص ١٥١ ٠

الفصل الثالث

انقضاء عقد الكفالة المصرفية

٥٤ـ يعني انقضاء العقد زوال الالتزامات التي أنشأها ، ويعني انقضاء عقد الكفالة زوال آثاره ويكون الانقضاء باداء الدين أو تسليم المكفول به أو بالابراء وغيرها من أسباب الانقضاء التي سيجيء الحديث عنها ٠

ونصت المادة ٩٨٧ من القانون المدني على انه « تنتهي الكفالة باداء الدين أو تسليم المكفول به وبابراء الدائن للمدين أو كفيله من الدين »[١] ٠

وتحدثت نصوص المواد ٩٨٨ وما بعدها من القانون المدني عن مجمل آثار الكفالة وحالات انهائها والتي تؤدي الى براءة الكفيل عند المصالحة أو الوفاة أو الاحالة ٠

ونتحدث في هذا الفصل عن أسباب انقضاء عقد الكفالة وزوال التزامات اطرافه في ثلاثة مباحث ، نخصص الأول لبحث الأسباب القانونية ، والثاني للأسباب الاتفاقية ، والثالث نناقش به الأسباب الخاصة لانقضاء عقد الكفالـــة[٢] ٠

(١) يقابل هذا النص ما ورد في المواد ٩٧٠ وما بعدها من مرشد الحيران : المرجع السابق ص ٢٢٥ والمادة ٧٨٢ وما بعدها من القانون المدني المصري الباحث في آثار الكفالة والمادة ١٠٩٩ من قانون المعاملات المدنية لدولة الامارات العربية ٠

(٢) ميزنا بين أسباب انقضاء الكفالة وحددنا أسباب « الوفاء والابراء وفسخ العقد واستحقاقه ورد المبيع للعيب واتحاد الذمة والمقاصة والتقادم » بانها أسباب قانونية لان النص عليها يغني عن الاتفاق بشأنها ٠
وحددنا أسباب « المصالحة والاحالة والتجديد » بانها أسباب اتفاقية ذلك لان النص القانوني الباحث في هذه الأسباب قنن اتفاق الاطراف ٠

المبحث الأول

الأسباب القانونية لانقضاء عقد الكفالة المصرفية

٥٥ـ ينقضي التزام الكفيل بأسباب ورد النص عليها في المواد ٩٨٧ وما بعدها من القانون المدني ، وهذه الأسباب لا تنتظر موافقة اطراف العقد عليها ، لانها وردت في نصوص ذات علاقة بالنظام العام على خلاف الأسباب التي ترد في نصوص القانون وتعبر عن رغبة اطراف العلاقة القانونيـــة[١] .

ونتحدث عن هذه الأسباب في المطالب التالية :

---

(١) لم يحاول الفقه تقسيم أسباب انقضاء عقد الكفالة الى قانونية واتفاقية وخاصة . واكتفى بالقول ان الكفالة تنقضي باحد طريقتين :

أ ـ طريق تبعي او غير مباشر — Par voie de Conséquence.

ب ـ طريق اصلي — Par voie Principale.

وكان الرأي الراجح ان الكفالة ينقضي الالتزام الناشيء عنها بانقضاء الالتزام الأصلي لانها عقد تابع لهذا الالتزام ، وان الكفيل يبرأ ببراءة المدين وله ان يتمسك بجميع الأوجه التي يحتج بها المدين ، وله ان يتمسك بانقضاء الالتزام الأصلي مهما كان سبب الانقضاء سواء كان الكفيل متضامناً أم غير متضامن . انظر في ذلك د. محمد كامل مرسي . المرجع السابق ص ١٧١ ، وذكر من أسباب انقضاء الكفالة ، الوفاء بمقابل « الاعتياض » والتجديد والمقاصة واتحاد الذمة والابراء والتقادم وفسخ أو ابطال الالتزام وهلاك الشيء .

المطلب الأول

الوفاء والابراء

٥٦ـ الوفاء هو اداء الدين او تسليم المكفول به على النحو الذي قررته المادة ٩٨٧ من القانون المدني ·

والابراء هو تصرف صادر عن الدائن يعلن فيه براءة ذمة الكفيل من الالتزام الذي تعهد بموجبة وفاء الدين[١] ·

وهذا يعني ان الكفيل الذي يوفي التزامه ولو كان متضامنا مع المدين الاصلي يحل محل الدائن في حقوقة تجاه المدين المكفول ، وكذلك تجاه المدين المتضامن ·

وتاسيسا على ذلك فان البنك الذي يوفي التزاما كفل وفاءه يؤدي الى انقضاء التزامة في مواجهة الدائن ويترتب له حقا يرجع به على المدين الاصلي ·

ولا يغير هذا الحكم من القول ان الوفاء يؤدي الى انقضاء التزامات اطراف عقد الكفالة لان المدين لا يعتبر طرفا في هذا العقد ·

واذا كانت كفالة البنك جزئية بمعنى ان الالتزام المكفول كان جزأ من التزام المدين تجاه الدائن فان التزام الكفيل ينقضي بمقدار الالتزام المكفول ويكون له الرجوع على المدين بما وفي على اساس نظرية حلوله محل الدائن في مواجهة المدين بمقدار الالتزام الذي انقضى بالوفاء ·

---

(١) انظر نص المادة ٩٨٧ القانون المدني « تنتهي الكفالة باداء الدين او تسليم المكفول به وبابراء الدائن للمدين أو كفيله من الدين » ·

وفي هذه الحالة يزاحم الكفيل الدائن في مواجهة المدين لمطالبة كل منهما بحقه « الكفيل بما وفي عن المدين للدائن والدائن بما ترصد له بذمة المدين »[٢] ٠

٥٧ـ الوفاء سبب لانقضاء الكفالة المصرفية :

اذا قام المدين أو الكفيل بوفاء الالتزام المكفول فلا يبقى للدائن ان يطالب ايهما بتنفيذ هذا الالتزام ، ويبرأ الكفيل ببراءة المدبن وله التمسك بالدفوع التي تكون للمدين الاصلي ، مثل انقضاء الدين بالوفاء[٣] واذا وفي المدين الالتزام بتمامه انقضت الكفالة ، اما اذا كان الوفاء جزئياً فينقضي من التزام الكفيل بمقدار الجزء الذي تم الوفاء به ٠

٥٨ـ الابراء سبب لانقضاء الكفالة المصرفية :

تنقضي الكفالة المصرفية بتنازل الدائن عنها ، وهو ما يعني ابراء المدين من الالتزام الناشيء عن عقد الكفالة ، والابراء شخصي لا يتعدى لغير الكفيل الذي صدر الابراء لأجله وهذا ما تضمنه نص المادة ٩٨٧ من القانون المدني ٠

وهكذا فان الدائن الذي يتنازل عن حقه المقابل لالتزام الكفيل يعتبر منه ابراء للكفيل من الالتزام ، ويكون هذا التنازل صريحا عندما يوجه الى البنك الكفيل هذا التنازل خطيا ، ويكون ضمنيا عندما يتراخى في

---

(٢) لجأت البنوك الى وضع شرط عدم المزاحمة تفادياً لمزاحمة الدائن في التنفيذ على اموال المدين التي كانت ضماناً للالتزام المكفول انظر في ذلك د٠ علي جمال الدين عوض : المرجع السابق ص ١١٦١ ٠

(٣) لا يتمسك الكفيل قبل الدائن بالدفوع الخاصة بشخص المدين ، انظر نص المادة ٢٠٣٦ من القانون الفرنسي

(Mais elle ne Peut opposer Les exceptions qui sont Purement Personnellesau dé biteur).

انظر د٠ محمد كامل مرسي : المرجع السابق ص ٨٦ ٠

طلب تنفيذ الالتزام الا بعد انتهاء الأجل المحدد للمطالبة بتنفيذ الالتزام المكفول[٤] .

كما وانه اذا ابرأ الدائن المدين من الالتزام المكفول سري ذلك الابراء على الكفيل ، وبذلك ساوى المشرع الاردني بين حالة ابراء الدائن للمدين وحالة ابراء الدائن للكفيل في ان الحالتين تنتهيان الى حكم واحد هو براءة ذمة المدين والكفيل اذا ابرأ الدائن أيهما[٥] .

ومن الصور الضمنية لابراء الدائن للكفيل في عقد الكفالة المصرفية :

- عدم تقديم الدائن مطالبته للكفيل قبل تاريخ انتهاء المدة المحددة .
- عدم احالة العطاء على المدين بالالتزام الذي كفله البنك .
- اعلان الدائن صراحة أنه لا ينوي ابرام العقد مع المدين الذي تقدم البنك لكفالته .
- الغاء العقد الذي يقدم على أساسه البنك كفالته لضمان حسن التنفيذ[٦] .
- دفع الرسوم التي تم تأجيلها لدائرة الجمارك يؤدي الى براءة ذمة الكفيل من كفالة ايداع البضاعة المستوردة[٧] .
- اخراج البضاعة التي قدمت الكفالة لضمان عبورها بالترانزيت ، وهذه العملية يتجسد فيها التزام البنك الكفيل في التوقيع على سند كفالة يعفى على أساسه البضاعة التي عبرت الأراضي الأردنية بالترانزيت ،

---

(٤) اذا اصدر البنك كفالة مؤقتة ضمن بها التزام المدين خلال سنة ، فان عدم مطالبة الدائن البنك خلال سنة يعتبر تنازلا ضمنياً عن حقه في مواجهة الكفيل .

(٥) يستثنى من هذه الحالة عندما يحال الالتزام بشرط براءة الكفيل ، لأن ذلك يؤدي الى براءة ذمة الكفيل وحدة دون الأصيل انظر المادة ٩٩٢ فقرة ٢ من القانون المدني وقارن مع نص المادة ٧٨٢ من القانون المدني المصري (يبرأ الكفيل بمجرد براءة المدين) والمادة ٨٧٢ من مرشد الحيران (لا تلزم براءة الأصيل ببراءة الكفيل ، فلو ابرأ الدائن الكفيل فلا يبرأ الأصيل) .

(٦) انظر المحامي سويلم نصير : المرجع السابق ص ٥٥ .

(٧) راجع د. بضراني نجاة : المرجع السابق ص ٤٤١ .

والبنك في ذلك يلتزم بالتضامن مع عميله في مواجهة الجمارك باخراج البضاعة من البلاد ، وان يتم تنفيذ هذا الالتزام في ظروف لا يتطرق معها الشك الى وجود أية محاولة للتدليس أو الغش . ويبرأ البنك من الكفالة التي قدمها اذا وصلت البضاعة العابرة بالترانزيت المركز الجمركي الذي سيؤكد خروجها .

- براءة ذمة البنك الكفيل من التزامه في مواجهة الدوائر الحكومية في الكفالة عن نظام القبول المؤقت لوقف دفع الرسوم والضرائب أو تأجيلها ، وهو ما يجري التعامل به في الكفالة عن الاستيراد المؤقت والكفالة عن التصدير المؤقت والكفالة عن التصدير لاجل التصليح وتحسين الصنع .
- براءة ذمة الكفيل من التزامه بضمان الدفعات المقدمة .
- براءة ذمة الكفيل من التزامه بضمان الأشياء المعادة من الخارج .
- براءة ذمة الكفيل من التزامه بضمان ما يحكم به المدين اذا انقضت الدعوى دون ان يحكم على المدين[8] .

---

(٨) انظر صوراً أخرى كثيرة وتطبيقات متفرقة للكفالة المصرفية وانقضاء التزام الكفيل في د. بضراني نجاة : المرجع السابق ص ٤٩٠ وما بعدها وتتحدث عن الكفالة المصرفية في مجال البناء وفي مجال السياحة والسفر وفي مجال ابرام معاهدات أو اتفاقيات بين دولتين .

المطلب الثاني

الاخلال في التنفيذ وفسخ العقد

٥٩ـ التنفيذ الذي نعنيه في هذا المطلب هو تنفيذ التزام الكفيل تجاه الدائن وما يقابله من التزام الدائن تجاه الكفيل والمدين ، وهذه الالتزامات وتلك يتعين على طرفي عقد الكفالة ان ينفذها كل فيما يخصه ، على ان تخلف أحدهما في تنفيذ التزامه يعيق تنفيذ الالتزام المقابل ، وبالتالي يعتبر اخلالا في تنفيذ الالتزام والاخلال بالتنفيذ هو خطأ المخل في الوفاء بتعهداته التي قطعها على نفسه ، ويختلف عن استحالة التنفيذ نتيجة القوة القاهرة التي تجعل من العقد مستحيل التنفيذ ، ويختلف كذلك عن أثر الظروف الطارئة التي تجعل من تنفيذ الالتزام مرهقاً على نحو يستحيل معه التنفيذ الا بخسارة(١) ٠

ولعل ما يؤدي الى الاخلال بالتنفيذ في العقود المصرفية عموماً وعقد الكفالة بشكل خاص وبالذات الكفالة المصرفية ذات الطرف الاجنبي ، يعزي الى ما يسود العالم بين الحين والآخر من تقلبات اقتصادية وسياسية واجتماعية ، تؤثر بشكل مباشر على التجارة وتعهدات التجار بحيث يمتنع الكثير من المتعاقدين عن تنفيذ التزاماتهم وهذا الامتناع هو الاخلال في التنفيذ الذي ينعكس على التزامات أخرى كانت نتيجة الالتزامات التى لم تنفذ(٢) ٠

وانقضاء عقد الكفالة المصرفية نتيجة الاخلال بالتزامات اطرافه يتقرر بعد فسخ هذا العقد الذي يؤدي اليه الامتناع الارادي عن التنفيذ ، لذلك

---

(١) انظر نص المادة ٢٠٥ من القانون المدني بشأن الظروف الطارئة التي تجعل تنفيذ الالتزام مرهقاً للمدين والمادة ٢٦١ من ذات القانون بشأن القوة القاهرة التي تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا ٠

(٢) انظر في التقلبات الاقتصادية وأثرها في التجارة وانعكاس ذلك على التزامات ذات علاقة بالتجارة

Rostan. M-Kavoussi : International trade and economic development the recent experience of developing Cuntries, the Journal of developing areas vol 19 No. 3 April 1985 p.p. 379 - 383.

لبعد عن حديثنا بموضوع الاخلال بالتنفيذ كسبب لانقضاء عقد الكفالة المصرفية ما كان ناجماً عن استحالة تنفيذ العقد بسبب القوة القاهرة ، أو لسبب الظروف الطارئة التي تجعل تنفيذ الالتزام مرهقا للمدين به ٠

وهكذا نتحدث عن الخطأ في التنفيذ الذي يعد اخلالا في التنفيذ ويؤدي الى فسخ العقد ٠ والخطأ هو أحد أركان المسؤولية العقدية وهو تقصير المدين عن الوفاء بالتزام ترتب بذمته(٣) وماهية الخطأ تعني عدم التنفيذ والتأخير فيه ويتحقق بتقصير الكفيل أو الدائن في أقل قدر من العناية اللازمة على اعتبار ان ذلك هو المعيار المناسب للخطأ في التنفيذ على أساس يمكن القول ان هذا المعيار يتفق ومعيار الشخص الحريص اليقظ ٠

وعلى ذلك يثبت الخطأ في جانب البنك الكفيل اذا تخلف عن الوفاء بالتنفيذ أو قصر فيه ، وهذا أقل قدر من العناية اللازمة لتنفيذ الالتزام ٠

ويثبت الخطأ في جانب الدائن اذا قصر في تنفيذ الالتزام الذي كان سبباً لنشوء التزام البنك الكفيل ويعتبر الدائن مخلاً في تنفيذ التزامه ويمتنع عليه مطالبة البنك بقيمة الكفالة اذا تراخى في تنفيذ بعض الشروط أو أدت ظروف معينة الى امتناع المدين عن الوفاء ٠

وفسخ العقد سبب من أسباب انقضاء الالتزامات ، ويترتب عليه عودة المتعاقدين الى ما كانا عليه قبل التعاقد وأوردته معظم التشريعات على انه حق للمتعاقد يمارسه عند اخلال من تعاقد معه بتنفيذ التزامه(٤) ٠

---

(٣) انظر المادتين ١١٤٧ ، ١١٤٨ من القانون المدني الفرنسي والمادة ٢١٥ من القانون المدني المصري والمادة ٢٥٦ من القانون المدني الأردني ونصت على ان « كل اضرار بالغير يلزم فاعله ولو غير مميز بضمان الضرر » ويقصد بالاضرار هنا « مجاوزة الحد » الواجب الوقوف عنده « والتقصير عن الحد » الواجب الوصول اليه في الفعل أو الامتناع مما يترتب عليه الضرر وهو ما يتناول الفعل السلبي والفعل الايجابي ، رأينا ذكر هذا النص لعلاقته بالتقصير في تنفيذ الالتزامات الناشئة عن عقود الخدمات المصرفية ٠

(٤) يرى بعض الفقه ان الفسخ لا يعتبر سبباً لانقضاء الالتزام لانه يقضي على الآثار التي ترتبت على العقد ، وان العقد لا ينقضي به بل يمحو من طريق الأثر الرجعي بجميع

ومع ان فسخ الكفالة المصرفية نادر الوقوع ، الا ان حدوثه متوقع لانه اذا كان اطراف عقد الكفالة هما الكفيل والدائن فان العلاقة فيما بينهما ناتجة عن علاقة سبقتها ارتبط بها المدين بالدائن وكانت سبباً في علاقة ارتبط هذا المدين بالبنك الكفيل .

ونتصور ان أصل العلاقة فيما بين المدين والدائن هي العطاء الذي احاله الدائن على المدين وكان من شروط الدائن (محيل العطاء) ان يتقدم المدين بكفالة بنكية لحسن تنفيذ العمل ، فان المدين يلجأ الى البنك الذي يتعامل معه ليمنحه الاخير تسهيلات من بينها ضمانه لدى دائنه وعلى هذا الأساس يبرم البنك مع الدائن عقد الكفالة المصرفية الذي يضم على اساسه البنك ذمته الى ذمة مكفوله (المدين) ويلتزمان تنفيذ الالتزام وهو حسن تنفيذ المشروع .

ونتصور كذلك ان أصل العلاقة تتمثل في ان احدى الدوائر الحكومية احالت عطاء لاستيراد معدات طبية على أحد أشخاص ، ومن شروط العقد ان تدفع الدائرة الحكومية دفعة أولى بشرط ان يقدم المتعاقد الآخر كفالة ضمان الدفعة الأولى ، فيلجأ الى البنك للحصول على تسهيلات بنكية من بينها اصدار كفالة مصرفية تضمن تنفيذ المدين التزامه وان الدفعة الأولى التي قبضها من الجهة الحكومية مضمونه من البنك الكفيل وهذه التطبيقات للكفالة المصرفية يمكن ان يقصر أحد اطراف العقد في تنفيذ التزامه ، كما لو الغى الدائن العطاء ، في التطبيق الأول أو الغت الجهة الحكومية مشروع استيراد المعدات الطبية .

= نتائج العقد المترتبة على وجوده أولا انظر د. عبدالسلام ذهني : النظرية العامة للالتزامات ط ١٩٢٤ ص ٢٩٧ وقرب د. سليمان مرقس : الوافي في شرح القانون المدني الالتزامات ط ١٩٨٤ ص ٦٣٥ ويرى ان انحلال العقد يقضي على وجوده ويمحو آثاره بينما انقضاء الالتزامات يتم بالوفاء او بما يقابل الوفاء ويبقى العقد قائماً بالرغم من انقضاء الالتزامات ، وان سبب انقضاء الالتزامات ترد على ما تم تنفيذه منها وبالتالي فان نظام الفسخ لا تنقضي به الالتزامات لانها لا تكون قد نفذت .

ومن جهة الكفيل ، قد يتأخر في تنفيذ التزامه أو يمتنع عن التنفيذ اما بناء على طلب مكفوله أو لاسباب يراها . وعقد الكفالة المصرفية يتضمن في غالب الأحيان شروطاً تحكم علاقات اطرافه وليس لنا من اعتراض على هذه الشروط الا ما كان منها يخالف النظام العام أو الآداب العامة ، والجزاءات التي يتفق عليها اطراف عقد الكفالة المصرفية تتضمنها شروط هذا العقد ، وما يسكت عنه العقد تتضمنه الأحكام العامة في القوانين المدنية ، وفي العلاقات الدولية فان أحكام القانون الواجب التطبيق هي النافذة . وتدور معظم أحكام القوانين بين التنفيذ العيني والتنفيذ الاعتياضي ، والفسخ وهي تتشابه في معظم التشريعات المقارنة[٥] .

وهكذا فان الفسخ عبارة عن انهاء للعقد قبل انتهاء مدته ، وتحقيق الغرض من ابرامه يمارسه طرف من أطرافه اذا أخل الآخر بالتزام اوجبه هذا العقد عليه[٦] .

وحالات فسخ عقد الكفالة المصرفية قليلة ونادرة وسبب ذلك تشابك علاقات اطراف هذا العقد مع المدين ، لان البنك الكفيل يرتبط بالاضافة الى علاقته مع الدائن بعلاقة مع المدين التي كانت سبباً في ابرام عقد الكفالة ، كما يرتبط الدائن بعلاقته مع المدين التي كانت أيضاً سبباً في علاقة الأخير بالبنك وأدت بالنتيجة الى ابرام عقد الكفالة المصرفية .

لذلك نرى في التعامل ان البنك يسعى دائماً للوفاء بالتزامه تجاه الدائن وهي حالات نادرة يمتنع فيها عن الوفاء بالتزامه ، وقد تكون ناتجة عن لجوء الدائن أو المدين الى القضاء .

---

(٥) لا تأخذ بعض التشريعات بفكرة التنفيذ العيني كجزاء أصلي وتنظر اليه كعلاج استثنائي لعدم التنفيذ مثل القانون الانجليزي .

(٦) أرى ان فسخ عقد الكفالة المصرفية لا يتحقق الا اذا أخل أحد الاطراف بالتزام جوهري أساسي ، أو اذا اتفق المتعاقدان على حق الفسخ اذا أخل الطرف الآخر باي التزام . وهناك التزامات جوهرية واخرى غير جوهرية ، بحيث يكون الاخلال بالأولى موجباً للفسخ بعكس الثانية الا اذا اتفق بشأنها أنها تبرر الفسخ .

ونرى كذلك ان المدين يسعى دائماً للوفاء بالتزامه تجاه الدائن حتى يبقى على علاقته الطيبة مع كفيله البنك ، أما الدائن فهو الذي لا يلتزم في عقد الكفالة المصرفية بأية شروط الا نادراً ، لانه من غير المتوقع ان يأتي الاخلال من جانبه ، ومن التطبيقات العملية لاخلال الدائن بالشروط التي تبرر الامتناع عن تنفيذ شروط عقد الكفالة المصرفية نسوق الواقعة التاليــــة :

« ابرمت احدى شركات السياحة والسفر عقداً مع شركة طيران أجنبية أصبحت بموجبها وكيلهمبيعات لها في الأردن وكانت شروط هذا العقد ان تقدم شركة السياحة والسفر كفالة بنكية تضمن دفع اثمان التذاكر المباعة بعد خصم العمولة ، فسخت شركة الطيران العقد مع الوكيل ، بادر الأخير الى الطلب من البنك عدم دفع الكفالة المصرفية ، ولجأ الى القضاء » .

وفي هذا الصدد نرى ان فسخ الالتزام الأصلي لا يترتب عليه في كل الاحوال انقضاء عقد الكفالة المصرفية وما ترتب عليها من التزامات ، لانه اذا كان التزام الكفيل الذي كفل المزايد ينقضي اذا تقدم مزايد آخر ، فان التزام البنك الكفيل لا ينقضي اذا بادر المدين الى عدم تنفيذ التزامه مع الدائن بارادته المنفردة ، وعلى ذلك نرى ان فسخ أو ابطال الالتزام الأصلي يؤدي الى انقضاء عقد الكفالة المصرفية ، اذا كان مستعمل حق الفسخ على حق ، بمعنى انه لم يكن مخطئاً ، وأيضاً ومع انه اذا كانت الكفالة تعهداً فرعيا يتبع التعهد الأصلي والفرع يتبع الأصل ، فان لهذا الفرع خاصية مميزة تجعل له استقلاله بمعنى انه لا يتأثر بما تتأثر به علاقة اطراف الالتزام الأصلي الذي كان سببه ، والتزام البنك الكفيل تجاه دائن عميله له استقلال مميز عن التزام المدين تجاه كفيله وتجاه دائنه(٧) .

---

(٧) انظر د. محمد كامل مرسي : المرجع السابق ص ١٧٩ .

وانظر القواعد الموحدة لضمانات العقود الصادرة عن غرفة التجارة الدولية منشورة في د. محي الدين اسماعيل علم الدين : موسوعة أعمال البنوك ط ١٩٨٧ ص ٧١١ . وتضمنت المادة الثانية/ب ما يتعلق بالكفالة النهائية والمادة الثانية/ج ما يتعلق بضمان الدفعات المقدمة كما تضمنت المادة الخامسة ما يتعلق بانتهاء الضمان .

ومن جهة أخرى نجد ان هناك صورا للكفالة المصرفية ينقضي التزام البنك بانقضاء الالتزام الأصلي ، ومن هذه الصور اذا كانت الكفالة ضمانا لثمن المبيع في عقد البيع ، وثبت ان الدائن أخل بالالتزام بالضمان ، مثل ضمان التعرض أو الاستحقاق أو العيوب الخفية أو حتى الالتزام بالتسليم ٠

وفي هذا يقول الاستاذ الدكتور علي جمال الدين عوض في مؤلفه عمليات البنوك من الوجهة القانونية « ينقضي التزام الكفيل بأسباب عديدة ، فهو ينقضي تبعاً لانقضاء الالتزام الأصلي المكفول »[8] ٠

---

(٨) انظر د٠ علي جمال الدين عوض : عمليات البنوك المرجع السابق ص ١١٦٧ واورد في البند ٣٩ فقرة من حكم محكمة الأمور المستعجلة بالقاهرة صدر عام ١٩٦٠ ونص على ان « التزام الكفيل ليس الا التزاماً تابعاً للالتزام الأصلي المكفول ، يبقى في حدود نطاق الكفالة وشروطها ما بقي هذا الالتزام وينقضي بانقضائه ، وترتيباً على ذلك تبقى الكفالة قائمة ما بقي الالتزام المكفول لا ينال من ذلك ان ينبه المدين بالالتزام الأصلي على الكفيل بالغاء الكفالة أو فسخها طالما لم يقم دليل على انقضاء الالتزام او على فسخ أي من الالتزامين الأصلي أو التابع رضاء أو قضاء » ٠

المطلب الثالث

اتحاد الذمة والمقاصة والتقادم

٦٠ـ اتحاد الذمة :

الكفالة أساسا ضم ذمة الى أخرى الى حين انقضاء الالتزام المكفول فتعود كل ذمة مستقلة ، اما اتحاد الذمة فهو اجتماع لصفتي المدين والدائن في احداهما ، كما لو ورث المدين الدائن والعكس ، على ان اتحاد الذمة في شخص الكفيل لا يترتب عليه انقضاء الدين المكفول بل ينقضي عقد الكفالة ، وهذا ما نصت عليه المادة ٩٩٠ من القانون المدني بأنه « اذا مات الدائن وانحصر ارثه في المدين برىء الكفيل من الكفالة ... »(١) . والمادة ٣٥٣ من ذات القانون « اذا اجتمع في شخص واحد صفتا الدائن والمدين بالنسبة الى دين واحد انقضى هذا الدين بالقدر الذي اتحدت فيه الذمتان » .

وتأسيساً على ما تقدم فان الالتزام المكفول يبقى واجب التنفيذ بضمان ما قدمه الكفيل حتى ولو اتحدت ذمتا المدين والكفيل ، ويختلف الأمر عند اتحاد ذمتي المدين والدائن لان الالتزام المكفول ينقضي في الوقت الذي ينقضي به الالتزام الناشيء عن عقد الكفالة كأثر لهذا العقد .

وتطبيقاً لذلك ينقضي التزام البنك الكفيل بانقضاء التزام المدين اذا كفل هذا البنك المدين بأن يؤدي مبلغاً من النقود الى شخص توفى بعد ذلك وانحصر ارثه في هذا المدين ، وينقضي التزام البنك الكفيل الذي كفل حسن تنفيذ عمل المتعهد من الباطن في مواجهة المقاول الأصلي ، اذا اتحدت ذمتا المتعهد والمقاول(٢) .

---

(١) انظر نص المادة ٨٧٣ من مرشد الحيران ويتطابق حكمها مع القانون المدني الاردني ومع المادة ١١٠٣ من قانون المعاملات المدنية في الامارات المتحدة .

(٢) كما هو شان اندماج الشركات .

أما اتحاد ذمة المدين والكفيل فانه لا ينقضي معه الالتزام الأصلي ولو انقضى عقد الكفالة ، وكذلك اتحاد ذمة الدائن والكفيل فان انقضاء الكفالة والتزام البنك الكفيل لا ينقضي معه التزام المدين الأصلي ، بل يبقى هذا الالتزام ويتعين الوفاء به[3] ٠

وعلى ذلك فان الكفيل الذي يرث المدين أو العكس لا يتحقق به اتحاد ذمة الكفيل والمدين بمعناه الحقيقي ، اذ ان اتحاد الذمة اجتماع صفتي دائن ومدين في شخص واحد بالنسبة لدين واحد ، وهنا لا تجتمع صفتا دائن ومدين في شخص واحد ، لان البنك الكفيل الذي كان ملزماً بصفة تبعية عن غيره أصبح ملزماً بصفة أصلية عن نفسه[4] ٠

٦١ـ المقاصـــة :

اذا أصبح المدين دائنـاً للدائن بما يعادل ديـن الدائن ينقضي الدينان ، وعرف المشرع المقاصة في المادة ٣٤٣ من القانون المدني بقوله « المقاصة ايفاء دين مطلوب لدائن بدين مطلوب منه لمدينه » وتكون جبرية بقوة القانون وقضائية بحكم المحكمة أو اختيارية باتفاق الطرفين[5] ٠

وهكذا فان البنك الكفيل يمكنه ان يدفع بعدم الوفاء اذا صار المدين الأصلي دائناً للدائن على نحو تتحقق المقاصة بين دين الدائن في ذمة المدين ودين الأخير في ذمة الدائن ، أما البنك الكفيل فانه ليس بوسعه

---

(٣) انظر اتحاد الذمة د٠ محمد كامل مرسي : المرجع السابق ، ص ١٧٧ ٠ والمادة ٣٧٠ من القانون المدني المصري « اذا اجتمع في شخص واحد صفتا الدائن والمدين بالنسبة الى دين واحد ، انقضى هذا الدين بالقدر الذي اتحدت فيه الذمة » ٠

(٤) انظر المادة ٢٠٣٥ من القانون المدني الفرنسي « اتحاد الذمة الذي يحصل في شخص المدين وكفيله في حالة ما اذا ورث أحدهما الآخر لا تنقضي به دعوى الدائن على من كفل الكفيل » ٠

(٥) انظر المادة ٣٤٤ من القانون المدني ، وما يقابلها في المادة ٣٦٢ من القانون المدني المصري ٠

ان يتمسك بالدفع بعدم الوفاء على أساس انه دائن للدائن ذلك لان المقاصة تتحقق فيما بين المدين والدائن على نحو لا يكون الكفيل في هذا المثال دائنا أو مديناً رغم ما قيل انه مدين بالتزام ناشيء عن عقد الكفالة وهو ذات الشأن بالنسبة للمدين اذ لا يمكنه التذرع بالمقاصة في مواجهة دائنه على أساس ان الأخير مدين لكفيله[٦] والمقاصة تنطوي على معنيين ، أولهما الوفاء وثانيهما الضمان • فالوفاء يعني ان كلا من الدينين يقاص وفاء بالدين الآخر ، والضمان يعني ان من يتمسك بالمقاصة يضمن استيفاء دينه مقدماً على سائر الدائنين ، كما ان المقاصة وسيلة لتساقط دينين بين شخصين كل منهما دائن ومدين للآخر وهي بهذه الصفة تجعل دين المدين ودين الدائن متساقطين ، ولا تنطبق هذه الصفة على التزام البنك الكفيل كمدين للدائن لان المقاصة تمتنع لاسباب مختلفة رغم اجتماع شروطها ، اذ لا يجوز ان يلتقي دينان اذا كان أحدهما وجب في ذمة شخص بسبب انتزاعه دون وجه حق[٧] ، كما لا يجوز ان يقاص دين بما يكون الدائن ملزما برده بمقتضى التعاقد احتراماً لما ينبغي ان يكون عليه التعامل من الثقة وحسن النية •

وانقضاء التزام البنك الكفيل في مواجهة دائن مكفولة يكون بقدر دين المكفول في ذمة الدائن على نحو تبقى الكفالة بقدر الباقي في ذمة المدين المكفول[٨] •

---

(٦) نصت المادة ١٢٣ من قانون الالتزامات السويسري « بان للدائنين عند افلاس المدين ان يقاصوا ديونهم ولو لم تكن مستحقة الاداء فيما يجب في ذمتهم من ديون » •

(٧) لا يجوز للدائن ان يتمسك بالمقاصة بين ما ترتب له بذمة مدينة وبين ما يكون في يده من مال المدين على سبيل الوديعة او عارية الاستعمال • انظر مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري الجزء الثالث ص ٢٧٤ •

(٨) نصت المادة ٣٤٥ من القانون المدني على انه « يشترط في المقاصة الجبرية ان يكون كلا الطرفين دائناً ومديناً للآخر وان يتماثل الدينان جنساً ووصفاً واستحقاقاً وقوة وضعفاً والا يضر اجراؤها بحقوق الغير » •

٦٢ـ التقــادم :

لا ينقضي الحق بمرور الزمان ولكن لا تسمع الدعوى به على المنكر ، هذا ما نصت عليه المادة ٤٤٩ من القانون المدني ، وعلى هذا فان التزامات الكفيل كآثار ترتبت بموجب عقد الكفالة يسقط حق الدائن في مواجهة الكفيل بمرور الزمان المانع من سماع الدعوى(٩) .

ووفق نص القانون المدني فان التقادم لا يقوم على أساس قرينة الوفاء ، بل يرجع أساسه الى ان تراخي الدائن في المطالبة بحقه مدة طويلة يفضي الى إرهاق المدين بما يجاوز قدرته على احتمال انتظار مطالبته بالدين ، وانه لذلك يمكن ان يتمسك المدين بمرور الزمان المانع من سماع الدعــوى .

ونفضل الأخذ بفكرة انقضاء الالتزام الناشيء عن عقد الكفالة مستقلاً عن الالتزام الأصلي لان التزام الكفيل كسائر الالتزامات يسقط حق الادعاء به بمرور الزمان ، وان انقطاع المدة في مواجهة الكفيل لا يؤدي الى ذات النتائج في مواجهة المدين ، الا انه مراعاة لعقد الكفالة كعقد تابع فان انقضاء المدة كسبب مانع من سماع الدعوى في مواجهة المدين يؤدي الى سماع الدعوى في مواجهة الكفيل تبعاً لانقضاء حق الادعاء بالدين الأصلي(١٠) .

---

(٩) انظر نص المادة ٣٧٤ من القانون المدني المصري « يتقادم الالتزام بانقضاء خمس عشرة سنة فيما عدا الحالات التي ورد عنها نص خاص في القانون ... » .
وقارن نص المادة ٤٧٣ من قانون المعاملات المدنية لدولة الامارات وورد على غرار القانون المدني الأردني « لا ينقضي الحق بمرور الزمان ولكن لا تسمع الدعوى به على المنكر ... » وقرب مع نص المادة ٢٥٦ من مرشد الحيران « دعوى الدين أياً كان سببه لا تسمع على منكر الدين بعد تركها من غير عذر شرعي خمس عشرة سنة » .

(١٠) رأي بعض الفقه ان الكفالة تنقضي بالتقادم تبعاً لانقضاء الالتزام المكفول لانها عقد تابع ، ولا تسقط وحدها بالتقادم ، وان الأعمال التي تقطع المدة السارية ضد المدين تقطعها ضد الكفيل أيضاً . ورأى البعض الآخر ان الكفالة كسائر الالتزامات تسقط بالتقادم مستقلة عن الالتزام الأصلي . انظر هذه الآراء . د. محمد كامل مرسي : المرجع السابق ص ١٨٢ ويقول « وقد اختلف أصحاب هذا الرأي الأخير فيما اذا كان انقطاع المدة ضد الكفيل يقطعها أيضاً ضد المدين كما اذا دفع الكفيل فوائد الدين وقطع بذلك المدة ضد نفسه » .

المبحث الثاني

الأسباب الاتفاقية لانقضاء الكفالة المصرفية

٦٣ـ تتحدد التزامات البنك الكفيل وفق الشروط التي تضمنها عقد الكفالة على النحو الذي اتفق عليها طرفاه ، وكما يلتزم هذان الطرفان بارادتهما يمكنهما انهاء هذا الالتزام بارادتهما ، وعليه فان عقد الكفالة المصرفية ينقضي باتفاق اطرافه ، اذ يستطيع الدائن والبنك الكفيل الاتفاق على انهاء العقد الذي ابرماه وحددا شروطه(١) .

ونعني بالأسباب الاتفاقية تلك التي تنقضي بوجودها الالتزامات التي انشأها عقد الكفالة دون ان تنفذ فالابراء واستحالة التنفيذ والتقادم المسقط لحق الادعاء تنقضي بها التزامات اطراف عقد الكفالة دون تنفيذ وهذه الأسباب لا نصنفها في قائمة الأسباب الاتفاقية التي وضعنا في اطارها المصالحة والاحالة والتجديد والتي سنناقشها في المطالب الثلاثة التاليـــة :

(١) يرى بعض الفقه ان هناك طريقين لانقضاء الكفالة الأولى تبعية او غير مباشرة على أساس ان عقد الكفالة عقد تابع للالتزام الأصلي ، وكل سبب ينقضي به الالتزام الأصلي تنقضي به الكفالة . والثانية طريق أصلي على أساس ان الكفالة تنقضي مستقلة عن الالتزام الأصلي . انظر د. محمد كامل مرسي : المرجع السابق ص ١٧١ وما بعدها .

المطلب الأول

المصالحـــة

٦٤ــ اذا كانت الكفالة المصرفية تنقضي بفوات المدة المحددة لسريانها ، أو باتمام الغرض الذي من أجله تم اصدارها أو بدفع قيمتها للدائن ٠ فانها كذلك تنقضي بمصالحة يجريها الدائن والبنك الكفيل ، والمصالحة عقد يبرمه البنك الكفيل والدائن وتتحدد شروطه باتفاقهما ، بحيث ينقضي عقد الكفالة المصرفية ليحل محله عقد جديد هو عقد الصلح ، وبموجب هذا العقد تنقضي علاقة الدائن بالمدين ، كما تنقضي علاقة البنك الكفيل بالدائن التي قامت على شروط عقد الكفالة ٠

ويترتب على ذلك اعادة سند الكفالة الذي أصدره البنك لصالح المستفيد الدائن[1] ، واعادة سند الكفالة الى البنك الكفيل ليس هدفاً بحد ذاته يتحدد على أساسه انقضاء التزام البنك أو بقاء هذا الالتزام ، ذلك لان سند الكفالة يعد في حكم المنتهى بانقضاء التزام البنك بالمصالحة ٠ وانه اذا دفع البنك قيمة سند الكفالة فلا يعني احتفاظ الدائن بالسند بقاء ذمة البنك مشغولة بقيمة هذا السند لانه ليس من الأوراق التجارية التي يدل احتفاظ المستفيد بها على انه دائن بقيمتها حتى يثبت العكس ، وهذا السند لا يقبل التداول بطريق التظهير وليس له خصائص الأوراق التجارية ٠

وتأسيساً على ذلك فانه اذا ابرم البنك الكفيل صلحا مع الدائن ودفع له مبلغاً من النقود على أساس اعتبار التزامه بقيمة السند منقضياً فان هذا الالتزام ينقضي ، وان بقاء سند الكفالة مع الدائن يصبح غير ذي فائدة لحامله ، كما انه اذا انقضت مدة سريان عقد الكفالة المصرفية ولم يطالب

---

(١) ان عدم اعادة هذا السند لا يعني بقاء الالتزام في ذمة البنك ، لان أسباب انقضائه يجب أعمالها بحيث يترتب على ذلك فقدان السند قيمته ٠

المستفيد بقيمتها فان الالتزام الذي أنشأه العقد على عاتق البنك ينقضي في هذه الحالة ولا يعود لاحتفاظ الدائن بسند الكفالة أي مبرر ويتعين عليه اعادته الى البنك الكفيل ، وان عدم اعادة ذلك السند لا يترك آثاراً بسبب ان السند فقد قيمته بانقضاء الالتزام الذي تضمنه ٠

ويشبه عقد الصلح الابراء في ان الالتزام بالكفالة المصرفية ينقضي بكليهما ، لان آثار العقد الجديد وهو عقد الصلح تحل محل آثار عقد الكفالة الذي انقضى ، وكذلك لان ارادة الدائن تنازلت عن الحق الثابت في عقد الكفالة لتنقضي الالتزامات الناشئة عنه وتبرأ ذمة الكفيل ٠

ويختلف عقد الصلح عن الابراء في ان الابراء يتم بارادة واحدة هي ارادة الدائن أما في عقد الصلح فلا بد من ارادتين يلتزم من صدرتا عنهما بشروط ذلك العقد ٠

ويجدر بالذكر ان عقد الصلح اذا ابرم فيما بين الدائن والمدين فان آثاره لا تنصرف الى الكفيل (البنك) أعمالاً لمبدأ نسبيه أثر العقد ، ما لم يرتب هذا العقد أثراً يؤدي الى انهاء عقد الكفالة ، كما يؤدي عقد الصلح الى ان يبرىء الدائن البنك الكفيل من التزامه في عقد الكفالة أو يرتب ابرام عقد جديد بمبلغ أقل أو أكثر من المبلغ المحدد في العقد السابق ، ففي هذه الحالة نقول ان أثر عقد الصلح أدى الى ابرم عقد جديد فيما بين البنك الكفيل والدائن بناء على طلب المدين ٠

وهكذا فان عقد الصلح ذو أثر هام في عقد الكفالة المصرفية ، لان هذا الأثر يؤدي في غالب الأحيان الى انقضاء التزام البنك الكفيل ، على انه اذا كان انقضاء التزام البنك الكفيل يتقرر بسبب عقد الصلح فان هذا الالتزام لا ينقضي بسبب الصلح الذي يبرمه الدائنون مع المفلس ، لان الدائنين لا يبرئون ذمة المدين المفلس الا من الجزء الذي حصل الصلح بشأنه والذي يدفعه المدين ، بالاضافة الى ان الجزء الباقي من الدين في حالة الصلح الواقي يبقى ديناً طبيعياً على المدين وتفرض عليه مجموعة قواعد الأخلاق والشرف ان يؤديه لدائنه ، ويبقى هذا الجزء من الدين

الذي لم يؤده المدين المفلس الى الدائن دينا في ذمة الكفيل[2] على شرط ان يبادر الدائن الى التقدم في التفليسة بدينه . وان عدم تقدمه يؤدي الى سقوط حقه في الرجوع على الكفيل بقدر ما ترتب على تراخيه من ضرر ، وهذا ما نصت عليه المادة ٩٧٨ من القانون المدني الذي ورد على النحو التالي « على الدائن اذا افلس مدينة ان يتقدم في التفليسة بدينه والا سقط حقه في الرجوع على الكفيل بقدر ما ترتب على تراخيه من ضرر »[3] .

وهكذا فان الصلح كعقد ، يتنازل بموجبه الطرفان كل منهما على وجه التقابل عن جزء من حقوقه أو ادعاءاته ويحسم المنازعات التي تناولها ، ويترتب عليه انقضاء الحقوق والادعاءات التي نزل عنها أي من المتعاقدين. ونصت المادة ٩٨٩ من القانون المدني على انه « اذا صالح الكفيل أو المدين الدائن على قدر من الدين برئت ذمتهما من الباقي فاذا اشترطت براءة الكفيل وحده فالدائن بالخيار ان شاء أخذ القدر المصالح عليه من الكفيل والباقي من الأصيل وان شاء ترك الكفيل وطالب الأصيل بكل الدين » .

وبمقتضى هذا النص قرر المشرع حكما في صالح الدائن بحيث خيره بين ان يأخذ المبلغ المصالح عليه ويطالب الاصيل بالباقي وبين رفض المصالحة وفي هذه الحالة لا يبقى له غير مطالبة المدين بكامل الدين .

---

(٢) انظر د. محمد كامل مرسي : المرجع السابق ص ١٧٨ . وراجع نص المادة ٣٩٧ فقرة (أ) من قانون التجارة وتنص على انه « كما يجوز ان يتضمن ابراء المدين من جزء كبير أو صغير من دينه بيدان هذا الابراء يترك على عاتقه التزاماً طبيعياً » .
وانظر نص المادة ٤٣٠ من ذات القانون الذي يؤكد للدائنين حقهم في اقامة الدعوى على شركاء المفلس وراجع نص المادة ٤٣١ من ذات القانون بشان التضامن في الالتزام المكفول والشريك الذي يفي جزءاً من الدين وقارن مع نص المادة ٣٤٩ من قانون التجارة المصري الذي أكد على ان للدائن مطالبة الشركاء في الدين بتمام دينه ولو حصل مع المفلس .

(٣) قارن مع نص المادتين ١٠٢٧ ، ١٠٢٨ من القانون العراقي والمادتين ٧٥٠ ، ٧٥٢ من القانون المدني السوري وجاءت النصوص متشابه في الحكم ويستدل على ذلك بالرجوع الى نهاية المحتاج ج ٤ ص ٤٥٨ والمذهب المالكي في كتاب الفقه على المذاهب الأربعة ، ج ٣ ص ٢٣٩ مشار اليه في المذكرة التوضيحية للقانون المدني الأردني ص ٦٣٠ . وقارن مع نص المادة ٧٨٦ من القانون المدني المصري وتضمن انه « اذا افلس المدين وجب على الدائن ان يتقدم في التفليسة بالدين والا سقط حقه في الرجوع على الكفيل بقدر ما اصاب هذا الأخير من ضرر بسبب اهمال الدائن » .

المطلب الثاني

الاحالـــة

٦٥ــ الاحالـــة :

هي نقل التزام المدين الى الغير آو حق الدائن الى الغير ، والاحالة في عقد الكفالة ورد النص عليها في المادة ٩٩٢ من القانون المدني بانه « اذا احال الكفيل أو الأصيل الدائن بالدين المكفول به أو بجزء منه على آخر حواله مقبولة من المحال له والمحال عليه بريء الأصيل والكفيل في حدود هذه الحوالة » ٠

وبمقتضى هذا النص ، فان الكفيل يمكنه ان ينقل التزامه الناشيء عن عقد الكفالة المصرفية الى شخص آخر على نحو يلتزم بالوفاء بدلاً عنه بشرط رضاء المحال له والمحال عليه ، وكذلك الأمر بشأن المدين فان من حقه ان يحيل الدين المترتب بذمته الى شخص آخر يقبل وفاءه للدائن شريطة قبول الأخير ٠

والحوالة الواردة على هذا النحو يبرأ على أساسها الكفيل والأصيل معاً في حدود ما أحيل به ، أما اذا اشترط في الحوالة براءة الكفيل فقط بريء وحده دون الأصيل[1] ٠

وعلى هذا الأساس اذا احال الكفيل الالتزام الناشيء عن عقد الكفالة بصفته عقداً تابعاً لالتزام أصلي كان سبب انشائه أو الأصيل الالتزام الأصلي الذي انشأ عقد الكفالة فان ذمتهما تبرأ من الالتزام بقبول المحال له والمحال عليه بالالتزام المحال به ٠

وحكم القانون في هذه الحالة يقرر انتهاء الكفالة والالتزامات التي انشأتها على أساس من عقد الحوالة وفق ما عرفته المادة ٩٩٣ من القانون المدني بأن « الحوالة نقل الدين أو المطالبة من ذمة المحيل الى ذمة المحال عليـــه »[2] ٠

---

(١) انظر نص المادة ٩٩٢ فقرة ٢ ق من القانون المدني « واذا اشترط في الحوالة براءة الكفيل فقط بريء وحدة دون الأصيل » ٠

(٢) انظر نص المادة ٣٠٣ من القانون المدني المصري بشأن حوالة الحق ، والمادة ٣١٥ من ذات القانون بشان حوالي الدين ٠

لذلك نقول يستطيع البنك الذي كفل عميله في مواجهة شخص آخر ان يحيل التزامه الناشيء عن عقد الكفالة المصرفية الى شخص آخر بحيث يقوم الأخير بالوفاء للدائن ، ويترتب على ذلك براءة ذمة البنك الكفيل والمدين الا في حالة اشتراط براءة الكفيل فقط[٣] ويتعين في الحوالة موافقة الدائن وهو المستفيد من الكفالة المصرفية وموافقة المحال عليه وهو من سيفي قيمة هذه الكفالة للمستفيد ٠

وفي هذا الصدد نصت المادة ٩٩٦ من القانون المدني الأردني على انه « يشترط لصحة الحوالة رضاء المحيل والمحال عليه والمحال له » ٠

والحوالة بمقتضى أحكام القانون المدني لا تتم الا بعقد يستجمع شروطاً خاصة بالاضافة الى الأركان العامة للعقد وهذه الشروط :

١ ـ ان تكون منجزة غير معلقة الا على شرط ملائم أو متعارف ولا مضافاً فيها العقد الى المستقبل ٠

٢ ـ الا يكون الاداء فيها مؤجلاً الى أجل مجهول ٠

٣ ـ ان تكون مؤقتة بموعد ٠

٤ ـ ان يكون المال المحال به ديناً معلوماً يصح الاعتياض عنه ٠

٥ ـ ان يكون المال المحال به على المحال عليه في الحوالة المقيدة ديناً أو عيناًلا يصح الاعتياض عنه وان يكون كلا المالين متساويين جنساً وقدراً وصفه ٠

٦ ـ ان لا تؤدي الى التغابن فيما بين المتعاقدين[٤] ٠

---

(٣) راجع نص المادة ٩٩٢ من القانون المدني الأردني والمادتين ٧٤٨ ، ٧٤٩ من القانون المدني السوري والمادتين ١٠٤٠ و ١٠٤٧ من القانون المدني العراقي ٠

(٤) انظر نص المادة ٨٩٦ من مرشد الحيران والمادة ١٠٠٠ من القانون المدني الأردني والمواد ٣١٥ وما بعدها من القانون المدني المصري والمادتين ٦٨٨ و ٦٨٩ من مجلة الاحكام العدلية وشرحهما لعلي حيدر ، ونصت المادة ١٠٠١ من القانون المدني الأردني على انه « تبطل الحوالة اذا انتفى أحد شرائط انعقادها ويعود الدين على المحيل » ٠

هذا وورد في المذكرة الايضاحية للقانون المدني ان المادة ١٠٠٠ تناولت شروط انعقاد الحوالة فضلا عن الشروط العامة في العقود الواردة في النظرية العامة وأول هذه الشروط ان تكون منجزة غير معلقة الا على شروط ملائم أو متعارف[٥] وان يكون المال ديناً لازماً ومعلوماً لان الجهالة من الغرر المفسد للمعاوضة ذلك ان الحوالة لا تخلو من المعاوضة . وعليه لا تصح بدين مجهول لانه يتعذر استيفاؤه وايفاؤه[٦] .

ونصت المادة ١٠٠١ من القانون المدني فقرة ١ على انه « تبطل الحوالة اذا انتفى أحد شرائط انعقادها ويعود الدين على المحيل »[٧] .

---

(٥) يشترط الحنفية عدم وجود شرط غير جائز من مبطل كالتعليق والتاقيت أو مفسد كالتأجيل الى أجل مجهول جهالة فاحشة ، لان التاقيت ينافي طبيعة الحوالة والتأجيل بالأجل المجهول جهالة فاحشة يفضي الى النزاع بخلاف التأجيل بالأجل المعلوم كفاية شهر كذا . انظر المذكرة الايضاحية للقانون المدني ص ٦٣٩ .

(٦) كل دين تصح به الكفالة تصح به الحوالة انظر المذكرة الايضاحية للقانون المدني ص ٦٣٩ .

(٧) يستوى في حكم هذه المادة تخلف هذه الشروط أو أحدهما . انظر المذكرة الايضاحية للقانون المدني المصري المتعلقة باحكام المواد ٣٠٣ – ٣٢٢ الباحثة في حوالة الحق وحوالة الدين .

المطلب الثالث

التجديـــد

٦٦ـ التجديد هو استبدال الدين ، أي زوال الدين وايجاد دين غيره بدلة ، ويعني في عقد الكفالة المصرفية ، استبدال الالتزام الجديد بالالتزام القديم ، على نحو يصبح الالتزام الذي انشأه عقد الكفالة المصرفية منتهياً بانتهاء مدته · ويستبدل غيره به ليحل محله وعرفت المواد ١٢٧١ ، ١٢٧٤ ، ١٢٧٥ من القانون المدني الفرنسي التجديد بالقول « يتجدد الالتـــزام :

أولاً ـ بتغير الدين اذا اتفق الطرفان على ان يستبدلا بالالتزام الأصلي التزاماً جديداً يختلف عنه في محله أو في مصدره ·

ثانياً ـ بتغير المدين اذا اتفق الدائن مع أجنبي على ان يكون هذا الأجنبي مديناً مكان المدين الأصلي وعلى ان تبرأ ذمة المدين الأصلي دون حاجة لرضائه ، أو اذا حصل المدين على رضاء الدائن بشخص أجنبي قبل ان يكون هو المدين الجديد ·

ثالثاً ـ بتغير الدائن اذا اتفق الدائن والمدين وأجنبي على ان يكون هذا الأجنبي هو الدائن الجديد » ·

ويقابل هذا النص ما ورد في المادة ٣٥٢ من القانون المدني المصري(١) والاستبدال يتم عندما يتغير الدين أو يتغير المدين أو الدائن(٢) وينبني

---

(١) لا يوجد في القانون المدني الأردني نصوصاً بشأن تجديد الالتزام ، سوى ما ورد في المواد الباحثة في الالتزام البدلي « التخييري » والمبادىء العامة المتعلقة في ابـرام العقـــود ·

(٢) عندما يتغير المدين فهذا يعني ان المكفول الجديد حل محل المدين في التضامن مع الكفيل وهو ما لا يؤثر في العقد المبرم بين الكفيل والدائن اما اذا تغير الدائن فان هناك شخصاً من الغير يحل محل هذا الدائن ولا يتم هذا الحلول الا باتفاق الدائن والمدين وهذا الغير · انظر د· محمد كامل مرسي : المرجع السابق ص ١٧٣ ·

على ذلك أن التجديد بين الدائن وأحد المدينين المتضامنين يبرىء باقي المدينين لان الاستبدال في هذه الحالة يؤدي الى ابراء الكفلاء ، وقضت احدى محاكم الاستئناف المصرية « بان مجرد مطالبة الدائن بدين مدينة من مدين آخر سواء كان برضاء المدين الأصلي أو بغير رضائه لا يعد تجديداً للدين مبرئاً لذمة الكفيل ، لان هذا الحق للدائن لا يبرأ منه الكفيل الا بعد حصول الدائن على دين مدينة هذا أو بقدره فقط »(٣) .

وهكذا فان الكفالة اذا منحت الى أجل محدد فانها تشكل بآثارها التزاماً محدد المدة ، وهذا الالتزام لا ينقضي بفوات المدة وكذلك لا ينقضي الالتزام المكفول بارادة الكفيل المنفردة لانه لا بد من وجود أحد أسباب الانقضاء لهذا الالتزام التي تحدثنا عنها ومنها تجديده بارادة الطرفين ، الكفيل البنك والدائن المستفيد .

كما وان حلول أجل عقد الكفالة المصرفية يؤدي الى ذات الآثار التي تؤدي اليها أسباب انقضائها وهي الغاء الكفالة ، لان الالتزامات الناشئة بعد انقضاء الأجل المحدد لعقد الكفالة المصرفية لا يغطيها عقد الكفالة المصرفية الذي انتهى أجله ، بينما يلتزم الكفيل دائماً بالالتزامات السابقة على عقد الكفالة وهي طلب المدين ان يضم ذمته الى ذمة الكفيل من أجل تنفيذ التزامه في مواجهة الدائن(٤) .

وتطبيقاً لذلك اذا كان عقد الكفالة المصرفية محدد المدة فلا ينقضي الالتزام الناشيء عنه قبل انقضاء هذه المدة(٥) .

---

(٣) يتفق هذا الحكم مع نص المادة ١٢٨١ من القانون المدني الفرنسي ، باستثناء ما ورد في الفقرة الثانية من هذه المادة عندما نصت على انه « ومع ذلك اذا حتم الدائن في الحالة الأولى انضمام المدينين أو في الحالة الثانية انضمام الكفلاء ، فان الدين القديم يبقى اذا رفض المدينون أو الكفلاء الانضمام الى الاتفاق الجديد » انظر د. محمد كامل مرسي : المرجع السابق ص ١٧٥ .

(٤) انظر د. بضراني نجاة : المرجع السابق ص ٢٧١ وما بعدها .

(٥) وينطبق هذا الحكم لو كان بقاء التزام الكفيل مرتبطاً بعملية معينة انظر د. علي جمال الدين عوض : المرجع السابق ص ١١٧٠ ويقول « يستثنى من هذا الحكم وفاة الكفيل حيث تقف الكفالة ، كما رأينا ـ عند الديون التي نشأت قبل وفاته فيتحملها الورثة اما ما بعدها فلا تغطيها الكفالة » .

أما اذا كان العقد غير محدد المدة وغير مرتبط بعملية معينة ، فمن حق الكفيل في كل وقت ان يتحلل من التزامه بالنسبة للمستفيد وذلك باعلان ارادته في ذلك الى المستفيد ، وبذلك لا يكون مسؤولا عن غير الديون التي نشأت قبل اعلان ارادته(٦) على انه اذا تضمن عقد الكفالة شرطاً يلزم الكفيل اذا رغب انهاء الكفالة ان يتم الانتهاء في شكل معين ، عندئذ لا بد من تحري هذا الشرط لاعماله ٠

وفي كل الحالات السابقة يكون تجديد الالتزام في عقد الكفالة المصرفية سبباً في انقضاء الالتزام السابق ليحل محله الالتزام الجديد بالشروط الجديدة ٠

---

(٦) يشترط ان يتم اعلان الكفيل بانهاء كفالته في وقت مناسب مع مراعاة حسن النية وفقاً للمبادىء العامة في المعاملات المدنية التي توجب حسن النية ٠

المبحث الثالث

الأسباب الخاصة لانقضاء الكفالة المصرفية

٦٧ـ اثبتنا فيما سبق ان التزام الكفيل في عقد الكفالة التزام تابع للالتزام الأصلي ويبقى التزام الكفيل في حدود نطاق الكفالة وشروطها ما بقي الالتزام الأصلي وينقضي بانقضائه ٠

وعلى أساس ذلك فان كل ما يؤدي الى انقضاء الالتزام الأصلي يؤدي الى انقضاء التزام الكفيل ، وتحدثنا أيضاً عن أسباب انقضاء التزام الكفيل بالوفاء والابراء والاخلال في التنفيذ وفسخ العقد واتحاد الذمتين والمقاصة والتقادم والمصالحة والاحالة والتجديد ، وبقي ان نتحدث عن أسباب أخرى تؤدي الى انقضاء التزام الكفيل ٠

٦٨ـ التغير الطارىء على الكفيل :

التصفية والافلاس والاندماج وما يؤدي الى انقضاء الشخصية الاعتبارية لشخص الكفيل يؤدي الى انقضاء التزام الكفيل في الكفالة المصرفية ، وعليه فان الشركة التي يتقرر تصفيتها تصبح التزاماتها الناشئة عن الكفالة مع جملة الالتزامات الأخرى في مواجهة المصفى وهو ذات الحكم بالنسبة لافلاس الشركات ، أما الاندماج فيختلف الأمر بشأنه ويعتبر الالتزام ديناً في ذمة شخص جديد بحيث لا ينقضي ، ذلك لان التزامات الشركتين المندمجتين تترتب بذمة الشخص الجديد الذي احدثه الاندماج فيما بين شركتين انقضت شخصية كل منهما الاعتبارية ٠ كما وتنتقل التزامات الشركة المندمجة الى الشركة الدامجة على نحو يمكن ان نقرر ان هناك تجديداً للالتزام وما يؤيد هذا القول ، ان البنك الدامج عندما رضى ان يتحمل التزامات البنك المندمج فانه بذلك يجدد التزاماً كان سينقضي لو لم يحصل الاندماج ، وفي هذه الحالة يترتب على التجديد

انقضاء الالتزام الأصلي بتوابعه[1] وعلى ذلك فان التزام البنك الكفيل ينقضي باعلان تصفيته وينطبق هذا الحكم عند الافلاس ، أما اندماج البنوك فتطبق بشأنه ذات قواعد اندماج الشركات[2] ٠

٦٩ـ التغير الطارئ على المكفول :

اذا فسخت شركة حصلت على تسهيلات مصرفية من بينها كفالة ، فان ما يترتب على الفسخ هو حلول آجال الديون ، وهو ما يعني ان البنك الذي منحها الاعتماد بالكفالة يصبح مسؤولاً عن تنفيذ التزامه كأثر لعقد الكفالة ولو لم يحل أجله ، أما تغير شكل الشركة المدينة فسيأتي الحديث عنه في موضع لاحق ٠

٧٠ـ وفاة الكفيل :

الأصل ان الالتزامات المالية للشخص تنفذ في أمواله وعند وفاته في تركته ، وهذا يعني ان وفاة الكفيل لا تمنع ان يطالب الدائن ورثة المدين تنفيذ التزام مورثهم وفق ما نصت عليه المادة ٩٧٣ من القانون المدني « اذا مات الكفيل أو المدين قبل حلول الدين المؤجل استحق الدين في تركة من مات » ٠

وتتحقق وفاة الشركة أو البنك بفسخها أو اعلان افلاسها ، بحيث يستوفى الدائنون حقوقهم من تركتها ٠ وهي بالنسبة لشركة التضامن

---

(١) نعني بالتوابع التأمينات وتنقضي تبعاً لانقضاء الالتزام التي كانت مخصصة لضمانه ٠
انظر المذكرة الايضاحية للقانون المدني المصري الجزء الثالث ص ٢٥٢ وما بعدها ٠
وراجع الاستاذ أحمد فتحي زغلول : شرح القانون المدني ط ١٩١٣ ص ٣٤٠ ـ ٣٤١ ٠

(٢) ان اندماج البنوك يترتب عليه ذات الآثار التي ذكرناها عن اندماج الشركات بحيث تنتقل التزامات البنك المندمج لتترتب بذمة البنك الدامج ، بما يعني تجديداً للالتزام وتترتب الالتزامات الناتجة عن كفالة أحد البنوك المندمجة بذمة البنك الجديد الذي نتج عن الاندماج ٠
انظر في اندماج الشركات د٠ حسني المصري : اندماج الشركات وانقسامها الطبعة الأولى ١٩٨٦ ص ٢٤٥ وما بعدها ٠

أموال الشركاء وللشركة المساهمة العامة والمساهمة المحدودة والتوصية فبحدود رأسمال المساهمين في هذه الشركات ٠

ونصت المادة ٢٠١٧ من القانون المدني الفرنسي على ان الكفالة لا تنقضي بموت الكفيل بل ينتقل التزامه الى ورثته ، لان الكفيل ملزم في كل أمواله(٣) ٠

٧١ـ تاخر الدائن في اتخاذ الاجراءات القانونية :

نصت المادة ٩٧٨ من القانون المدني الأردني بان « على الدائن اذا افلس مدينة ان يتقدم في التفليسة بدينه والا سقط حقه في الرجوع على الكفيل بقدر ما ترتب على تراخيه من ضرر »(٤) ٠

وهذا السبب من أسباب انقضاء الالتزام في الكفالة المصرفية يؤدي الى سقوط حق الدائن في اتخاذ الاجراءات القانونية ضد المدين رغم انذاره من قبل البنك بضرورة القيام بذلك خلال ستة أشهر من تاريخ الانذار ٠

ونصت المادة ٩٨١ من القانون المدني الأردني على انه « اذا استحق الدين ، ولم يطالب الدائن المدين به فيجوز للكفيل ان ينذر الدائن باتخاذ الاجراءات ضد المدين ، واذا لم يقم بذلك خلال ستة أشهر من تاريخ الانذار ولم يقدم المدين للكفيل ضماناً كافياً خرج الكفيل من الكفالة » ٠

٧٢ـ تغير الشكل القانوني للكفيل :

لا تنقضي التزامات الكفيل بتغير شكله القانوني ، والشركة الكفيلة لا بد من وفاء التزاماتها الناتجة عن عقد الكفالة حتى ولو غيرت شكلها

---

(٣) يطابق هذا الحكم نص المادة ١٠٨٤ من قانون المعاملات المدنية لدولة الامارات العربية المتحدة ٠ وانظر نص المادة ٢٦ من قانون الشركات الأردني ٠

(٤) يقابل هذا الحكم نص المادة ٧٨٦ من القانون المدني المصري والمادة ١٠٨٩ من قانون المعاملات المدنية لدولة الامارات ٠

القانوني من شركة توصية الى شركة تضامن أو العكس ، وتغير الشكل القانوني يعني التحول وهو ما يميز التغير عن الاندماج ، وتغير الشكل القانوني يبقى للشركة شخصيتها الاعتبارية ، في حين تزول هذه الشخصية باندماج شركتين في شخص جديد أو باندماج احدى شركتين مع الأخرى(٥).

(٥) انظر في اندماج الشركات وتحولها وتغير شكلها القانوني .

د. محمد كامل أمين ملش : موسوعة الشركات ط ١٩٨٠ ص ٥١٧ وما بعدها .

د. حسني المصري : المرجع السابق ، د. محمد توفيق سعودي : تغير الشكل القانوني للشركات ذات المسؤولية المحدودة رسالة دكتوراه جامعة القاهرة ١٩٨٨ ص ٩ وما بعدها.

الباب الثاني

خطابات الضمان

٧٣ـ تمهيد :

تحتل خطابات الضمان في نطاق عمليات البنوك مجالاً واسعاً ، نظراً للدور الهام الذي تلعبه في الحياة الاقتصادية ، وما تحققه لاطراف العلاقة من مصلحة ، يفيد منها البنك بما يتقاضاه من عمولة وفوائد ، ويفيد منها العميل لانه يحتفظ بنقوده ويستعيض بخطاب الضمان الذي يقدمه للمستفيد ، ويفيد المستفيد عندما يكون مطمئناً بسبب ملاءة مصدر الخطاب الذي يلتزم في مواجهته .

ومضمون العملية التي تنتهي باصدار خطاب الضمان عبارة عن وسيلة استقر بشأنها العرف المصرفي بغية خدمة عملاء البنوك على نحو تبقى نقودهم تحت ايديهم اذا طلب منهم تقديم ضمان نقدي لالتزامات ترتبت على عاتقهم في مواجهة من يتعاملون معهم .

وتبدأ عملية خطاب الضمان بعلاقة فيما بين عميل البنك وشخص آخر يسمى المستفيد عندما يطلب الأخير من العميل تقديم التأمين النقدي ، إذ تنشأ الحاجة الى خطاب الضمان نتيجة اضطرار العميل المحافظة على الأموال النقدية سائلة بين يديه ، وهو لذلك لا يجد من يسعفه ويقدم له الخدمة التي تكون بديلاً مقبولاً عن التأمين النقدي سوى البنك ، فيسعى له ليبرم معه عقداً باعتماد مالي يتضمن اصدار خطاب الضمان .

وهكذا يبدأ البنك قبل ابرام العقد بالدراسة اللازمة حتى اذا قبل طلب العميل يصدر الخطاب بالشروط التي حددها العميل وفق طلب المستفيد ، لان الأخير يطلب من العميل ان يقدم خطاب الضمان بالشروط التي يرى انها كافية لضمان التزام العميل .

وبناء على ذلك يتعهد البنك مستقلاً عن العميل في مواجهة المستفيد ان يدفع للأخير مبلغاً نقدياً عند أول طلب منه دون أية معارضة خلال فترة محددة .

وعملية اصدار خطاب الضمان تمر بمرحلتين :

الأولى ـ عقد الأساس فيما بين المستفيد والعميل والذي يرتب على عاتق الأخير تقديم التأمين النقدي بناء على طلب المستفيد ضماناً للالتزام الذي ترتب على عاتقه كأثر للعقد ٠

الثانية ـ عقد الاعتماد المالي بالضمان الذي يبرمه البنك والعميل والذي يلتزم بموجبه البنك تقديم ضمانه عن طريق اعارة توقيعه باصدار خطاب لصالح المستفيد الذي يعينه العميل ٠

وهذه المرحلة تبدأ بدراسة يقوم بها البنك للطلب ، ويقرر نتيجة لما تقتضيه ظروف التعامل وائتمان العميل واعتباره الشخصي اصدار الخطاب بحيث يوجهه الى المستفيد مباشرة أو يسلمه الى العميل لتقديمه للمستفيد ، ويتضمن هذا الخطاب تعهداً من البنك ان يدفع للمستفيد مبلغاً معيناً من النقود اذا طلب منه ذلك خلال فترة محددة[1] ٠

اذن خطاب الضمان مجرد توقيع يضعه البنك على صك يصدر عنه بناء على طلب عميله ليحل محل التأمين النقدي الذي التزم العميل تقديمه الى شخص آخر في مجال معين ، كالمقاولات والتعهدات والاستيراد والتصدير وعقود التوريد والتخليص والجمارك وغيرها ٠

وخطاب الضمان كواحدة من العمليات التي تؤديها البنوك خدمة لعملائها ، ينطوي على مخاطر كبيرة مردها اخلال العميل في تنفيذ التزامه بدفع قيمتها اذا ما دفعها البنك للمستفيد ، ذلك انه من الجائز ان يرجع البنك على عميله بعد ان يفي للمستفيد قيمة الخطاب فلا يجد لديه ما يفي بدينه ، لذلك فان البنك يحتاط لكثير من المخاطر التي اكتشفت ، على نحو يضع كل المخاطر في حسابه قبل ان يصدر خطاب الضمان ٠

أما عن الأساس القانوني والنظام الذي تحكم قواعده اطراف خطابات الضمان والتزاماتهم فسنجد ان هذه الخطابات ليست الا صورة للكفالة

(١) خطاب الضمان وسيلة ضمان يختلف عن الأوراق التجارية في انه ليس اداة وفاء ولا اداة ائتمان ٠

المصرفية ابتدعتها العقلية المتطورة للمصارف بغية تيسير العمل في العلاقات التجارية ، بما في ذلك تحقيق الفوائد التي تتوخاها من هذه العملية ٠

وسنرى انه مع تزايد العمليات التجارية وتطورها وما استتبع من تزايد الاخطار الناتجة عن الامتناع عن تنفيذ العقود ، باتت الحاجة ملحة الى ابتداع وسيلة تضمن اخطار عدم التنفيذ بمعناه الواسع ، والتي لا تقتصر على التنفيذ الجزئي أو الكلي للعقود ، بل التأخر في التنفيذ والعيوب التي تشوبه ، والنتيجة الخاسرة التي يمنى بها المتعاقد بسبب عجز المتعاقد الآخر ، وعدم رد المبالغ المدفوعة وما الى ذلك ٠

وهكذا كانت الوسيلة التي تضمن المخاطر الناتجة عن العلاقات التعاقدية وهي احدى صور الكفالة المصرفية ، وهذه الصورة هي خطابات الضمان التي يصدرها البنك وفق الشروط التي سنتصدى لها بالحديث ، والتي دعت اليها ضرورة وجود ضمانات لازمة وملازمة للتجارة الدولية وأيضاً الداخلية على نحو تقوم مقام التأمين ضد المخاطر المحتملة بحيث تحقق مزايا لاطراف العمليات التجارية ٠

ويعد العرف المصرفي المصدر الرئيسي لخطابات الضمان وادي الاستقرار في التعامل المصرفي الى توجه بعض الدول الى تقنيين أحكامه(٢) ٠

وفكرة خطابات الضمان مستمدة أساساً من الالتزام الذي يترتب نتيجة تصرف قانوني يصدر عن ارادة حرة غير مشوبه بأي عيب ، على أساس ان هذه الخطابات تمثل بالنسبة للبنك صورة من صور اقراض التوقيع يؤدي الى ان يكفل عميله في مواجهة الغير بالخطاب الذي يرسله اليه ، أو بعقد مستقل ، أو بالتوقيع كضامن ، أو بأية طريقة أخرى تتناسب مع العملية التي يضمنها(٣) ٠

---

(٢) راجع د٠ حياة شحاته : مخاطر الائتمان في البنوك التجارية ٠ رسالة دكتوراه ٠ جامعة القاهرة ١٩٨٩ ص ٢٨٨ وما يليها ٠

(٣) انظر د٠ علي البارودي : المرجع السابق ص ٣٩٧ ٠

وتبدو أهمية خطابات الضمان في مجال العمليات التجارية كبيرة . لانها تبث الثقة بين المتعاملين وتساعد على تنفيذ العمليات الناشئة عن العقـــود .

كما تبرز أهمية الضمان بصفة خاصة في الحالات التي يكون فيها هذا الضمان مطلوباً من جهة ادارية أعمالا لنصوص القانون أو النظام . اذ هي تقوم مقام النقود على نحو يكون الخطاب بديلا عن ايداع مبلغ نقدي كتأمين[٤] ، لان توقيع البنك يرتب للمستفيد المزايا التي يحققها دفع مبلغ نقدي له مقاساً من خزينة البنك دون ان يلزم الى هذا الدفع استناداً الى مركزه وسمعته المالية[٥] .

وخطابات الضمان بخصائصها التي سيأتي ذكرها تقوم بدور هام في الحياة الاقتصادية ، ذلك انها تحل محل التأمين النقدي ضمن نطاق العقود والاشغال العامة والاستيراد والتصدير والبيع الدولي ومجالات أخرى كثيرة .

وحالات استخدام خطابات الضمان تمثل وظيفة ذات نفع كبير في مجال الحياة العملية والتجارية بحسبان هذه الخطابات البديل الذي يحل محل التأمين النقدي الذي كان يتعين على المدين (الملتزم) ان يستودعه دائنه ضماناً لحقوق هذا الأخير .

وبهذه الخاصية تعبر خطابات عن ارادة اطرافها بما يعني أن أحد الاطراف وهو العميل سعى الى ابراهيم عقد مع طرف آخر هو البنك الذي يتعامل معه بحيث كانت آثار العقد صدور خطاب الضمان ليحل محل التأمين النقدي الذي كان يتعين على العميل دفعه الى شخص ثالث هو المستفيد .

وهذا الحلول لخطاب الضمان محل النقود يمكن العميل من الاحتفاظ بنقوده تحت يده بدلا من تجميدها كوديعة لدى المستفيد[٦] .

---

(٤) د. محمد الشحات الجندي : فقه التعامل المالي والمصرفي الحديث ط ١٩٨٩ ص ١٥٦ .

(٥) د. سميحة القليوبي : النظام القانوني لخطابات الضمان المصرفية . بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد . العددان الأول والثاني ١٩٧٢ ص ١ .

(٦) انظر د. علي جمال الدين عوض : خطابات الضمان المصرفية . ط ١٩٩١ ص ١٢ .

ولأهمية خطابات الضمان المصرفية ودورها في الحياة الاقتصادية وضرورة تميزها عن الكفالة التي تعد احدى صورها ، رأينا ان نفرد لها مجالاً خاصاً في نطاق هذه الدراسة نميز بينها وبين الكفالة المصرفية وبينها وبين ما يمكن ان يشتبه بها وسنحاول التعريف بخطابات الضمان وبيـان ماهيتها وأنواعها وآثارهـا وانقضاء الالتزام الناشيء عنهـا في الفصول التالية :

الفصل الأول ـ ماهية خطابات الضمان المصرفية •

الفصل الثانـي ـ أنواع خطابات الضمان المصرفية •

الفصل الثالث ـ آثار خطابات الضمان المصرفية •

الفصل الرابـع ـ انقضاء الالتزام في خطابات الضمان المصرفية •

الفصل الأول

ماهية خطابات الضمان المصرفية

٧٤ـ ليس هناك شكل معين لخطاب الضمان ، وهو عبارة عن محرر مكتوب يصدره بنك أو مؤسسة مالية أو شركة تأمين ويوجه هذا المحرر الى شخص مقصود هو في الغالب صاحب المقاولة ، ويسمى المستفيد ، ويتضمن التزام مصدرة بدفع مبلغ معين من النقود في فترة محددة ٠

ويقوم الشخص المضمون بتقديم الخطاب الى المستفيد بحيث يصبح من حق الأخير الرجوع على مصدره الذي يعتبر بموجبه ملتزماً بالوفاء في حدود قيمته(١) ٠

وماهية الشيء تعني أساسه وتكوينه ونشأته وتطوره وتعريفه وكل ما يلقى عليه الضوء لبيان حقيقته ، وماهية خطابات الضمان تعني مفهومها وتعريفها ووظيفتها الأساسية ورأي الفقه والقضاء والتشريع فيها ، كما تعني الأساس القانوني من حيث تكييفها والنظام القانوني الذي يحكمها واطرافها والعلاقة التي كانت هذه الخطابات أثراً لها(٢) ٠

---

(١) انظر د٠ علي العريف : شرح القانون التجاري ، الجزء الأول ، ط ١٩٥٩ ص ٤٤٦ ٠

(٢) نشير الى مجموعة من الفقهاء الذين ناقشوا خطابات الضمان في مؤلفاتهم :

د٠ علي جمال الدين عوض : خطابات الضمان المصرفية ط ١٩٩١ ، عمليات البنوك من الوجهة القانونية ط ١٩٨٩ ٠

د٠ محي الدين اسماعيل علم الدين : موسوعة أعمال البنوك ط ١٩٨٧ ٠

د٠ محمود سمير الشرقاوي : القانون التجاري ، الجزء الثاني ، ط ١٩٨٤ ٠

د٠ سميحة القليوبي : النظام القانوني لخطابات الضمان المصرفية ، مجلة القانون والاقتصاد ، السنة الثانية والأربعون عام ١٩٧٢ ٠

د٠ رضا عبيد : القانون التجاري ط ١٩٨٧ ٠

وسنناقش ماهية خطابات الضمان المصرفية في المباحث الثلاثة التالية :

المبحث الأول ـ مفهوم خطابات الضمان المصرفية وتعريفها ووظيفتها الأساسية ٠

المبحث الثاني ـ موقف الفقه والقضاء والتشريع من خطابات الضمان المصرفية ٠

المبحث الثالث ـ الأساس القانوني لخطابات الضمان المصرفية ٠

= د٠ بفرائي نجاة : الائتمان المصرفي بطريق التوقيع ، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة ١٩٨٧ ٠

د٠ حياة شحاته : مخاطر الائتمان في البنوك التجارية ، رسالة دكتوراه جامعة القاهرة ١٩٨٩ ٠

المبحث الأول

مفهوم خطابات الضمان المصرفية

٧٥ـ ان التعريف بخطابات الضمان وبيان وظيفتها وأهميتها الاقتصادية يؤدي الى بيان المفهوم لهذه العملية المستحدثة من بين عمليات البنوك ، ولا نتصدى لتعريف خطابات الضمان أو بيان وظيفتها قبل ان نوضح الطريقة التي يتم بها اصدارها ، ذلك لأن بيانات ماهية الخطابات وتوضيح مفهومها يمكننا من التعريف بها وبيان وظائفها وأهميتها .

وخطابات الضمان ظهرت في نطاق عمليات البنوك من خلال ممارسات لأنواع جديدة من الضمانات التي تقدمها هذه البنوك لعملائها الى جانب الكفالات المصرفية التي تحتل مكاناً بارزاً ومجالاً واسعاً بين هذه العمليات.

ومـن أنواع العمليات المصرفية مـا سماه البعض خطاب الضمان (Lettre de garantie) أوالضمان المستقل (La garantie independante) أو الضمان المجرد (La garantie abstriate) أو الضمان الواجب الدفع لدى أول مطالبة .

وهذا النوع من العمليات البنكية هو موضوع حديثنا في هذه الدراسة وهو ما اصطلحنا تسميته ـ خطاب الضمان ـ لذا نناقش في المطالب الثلاثة التالية مدلول خطابات الضمان والتعريف بها وأهميتها وبيان وظيفتهـــا .

المطلب الأول

مدلول خطابات الضمان المصرفية

٧٦ـ استعمل لفظ الكفالة المصرفية للدلالة على مضمون خطاب الضمان وفق التعريف الذي سيأتي الحديث عنه ، وورد في قرار لمحكمة التمييز انه اذا ورد في بنود عقد الشروط العامة للكفالات الموقع من الشركة المدعية والبنك المدعي عليه ان الطرفين المتعاقدين قد ارتضيا بان يدفع البنك قيمة الكفالة الى الجهة المكفول لها بمجرد طلبها ذلك دون ان يكون ملزماً قبل ذلك بالتحقق فيما اذا كانت قيمة الكفالة مشغولة بها ذمة الشركة أم لا ، فان ما ورد في هذا البند يعتبر ملزماً للطرفين المتعاقدين تطبيقاً لقاعدة (العقد شريعة المتعاقدين) عملاً بأحكام المادة ١٧٤ من قانون أصول المحاكمات الحقوقية[١] .

وتطبيقاً لذلك لا يلزم مصدر الخطاب بالتحقق من اخلال الجهة المكفول لها بالعقد كي يتبين ما اذا كانت الجهة المكفول لها تستحق قيمة الكفالة أم لا ، وان مجرد طلب الجهة المكفول لها لقيمة الكفالة منه تجعله ملزماً بدفعها اليه رغم أية معارضة من المكفول ما دام ان الطلب تقدمت به الجهة المكفول لها قبل انقضاء مدة الكفالة[٢] .

وهناك توجه لدى المحاكم باستعمال لفظ خطاب الضمان للدلالة على صورة من صور الكفالة المصرفية وأمكن الاستدلال على هذا التوجه من مناقشة القضاء للعلاقة القانونية فيما بين مصدر الخطاب والمستفيد بعيداً عن علاقة الأول بعميله[٣] .

---

(١) انظر تمييز حقوق رقم ٧٥/١٢ مجلة نقابة المحامين السنة ٢٣ عام ١٩٧٥ ص ١٢١٤ .

(٢) انظر تمييز حقوق ٧٥/١٢ المرجع السابق .

(٣) انظر تمييز حقوق ٨٩/١٠٣٨ مجلة نقابة المحامين السنة ٣٩ ص ١٣٥٣ وتمييز حقوق ٨٩/١٠٦٠ مجلة نقابة المحامين السنة ٣٩ ص ١٣٧٩ .

وهكذا يمكن توضيح مدلول خطاب الضمان ومفهومه من خلال أمثلة كثيرة نسوقها ، ذلك ان هذه العملية تختلف عن غيرها من العمليات التي يقوم بها البنك كان يقرض العميل نقوداً أو يفتح له اعتماداً يسحب منه الى حد متفق عليه معين أو قابل للتعيين ، ووجه الاختلاف ان خطابات الضمان لا يقدم بموجبها البنك نقوداً للعميل ولا يضع تحت تصرفه هذه النقود يسحبها وقت يشاء ، انما يتعهد ان يدفع الى شخص يعينه العميل مبلغاً معيناً أو قابلاً للتعين عند طلب ذلك الشخص ٠

- يستعمل خطاب الضمان غالباً بمناسبة العطاءات الحكومية وذلك عندما تشترط التعليمات ان على من يرسو عليه العطاء ان يقدم خطاب ضمان من أحد البنوك أو تأميناً نقدياً(٤) ٠

- يستعمل خطاب الضمان بمناسبة عملية استيراد بضاعة من الخارج ، وبهذه الحالة يقترن بفتح الاعتماد المستندي ، ويكون ذلك عندما يطلب البائع (المصدر) فتح اعتماد بثمن البضاعة ٠

- يستعمل خطاب الضمان عندما يطلب الموكل من الوكيل بالعمولة ان يقدم خطاب ضمان بقيمة البضائع التي وكله ببيعها لحسابه ٠

- يستعمل خطاب الضمان كذلك تأميناً للدفعة الأولى التي يقدمها صاحب العمل الى المقاول ٠

هذه الأمثلة ومثلها تطبيقات سنورد الكثير منها في سياق الحديث عند بحث نطاق أوجه استخدام خطابات الضمان(٥) ، لذلك نجد ان اصطلاح

---

(٤) انظر د٠ محمود سمير الشرقاوي : المرجع السابق ط ٥٦٥ ٠

(٥) انظر د٠ علي جمال الدين عوض : خطابات الضمان المصرفية ط ١٩٩١ ص ٨ ٠ واورد قول أحد الفقهاء الأجانب كما يلي : « وفي الماضي كان المشترون يتطلبون دفع تأمين نقدي أو تكون من أوراق مالية تضمن لهم استرداد الدفعات المقدمة أو دفع التعويض وكانت هذه التأمينات تطمئنهم حيث ان لهم حيازتها بالفعل فبمقتضى قرار انفرادي منهم يستطعون ان يمتلكونها ولا يكون أمام البائع الا ان يطلب استردادها قضاء » ٠

خطاب الضمان أصبح شائعاً في منطقة واسعة في العالم وقننته بعض التشريعات[٦] وناقشته أحكام قضائية كثيرة في فرنسا ومصر والأردن[٧] .

(٦) انظر القانون التجاري العراقي ، والكويتي ، والقواعد الموحدة لخطابات الضمان والمعدة من قبل غرفة التجارة الدولية .

(٧) يطلق على خطاب الضمان اصطلاح الضمان التعاقدي (La garantie Contractuelle) أو الضمان التلقائي (La garantie outomatique) وانظر د. علي جمال الدين عوض : عمليات البنوك ، المرجع السابق ود. علي البارودي : العقود وعمليات البنوك التجارية ص ٢٩٣ ود. محمود سمير الشرقاوي : القانون التجاري . الجزء الثاني ط ١٩٨١ ص ٥٦٥ ويقول « يعتبر البنك كفيلا عن العميل في تنفيذ التزامه وتعتبر هذه الكفالة المصرفية من نوع خاص وتخضع لاحكام قانونية خاصة استقر عليها العرف المصرفي » .

المطلب الثاني

تعريف خطابات الضمان المصرفية

٧٧ـ ان الجدل الكبير حول خطابات الضمان والاختلاف بشأنها والذي احتدم في مطلع الستينات كان من أسبابه قلة الابحاث التي تصدت لهذا الموضوع والتي كانت موجزة الى درجة ان الباحثين كانوا يحيلون ما يتعلق به الى أحكام الكفالة كما وردت في القانون المدني ، والقليل من هؤلاء الباحثين تعرض لمناقشة عمليات البنوك وعرض لخطابات الضمان على نحو أوضح ماهيتها وقرر بالنتيجة انها صورة من صور الكفالة وتخضع لاحكامها(١) .

ونتيجة لزيادة حجم التعامل في خطابات الضمان وزيادة استعمالها سواء لتقديمها لدوائر الدولة في عقود المقاولات والعطاءات أو لغايات الاستيراد والتصدير ، بات من الضروري ايلاء هذا الموضوع الأهمية اللازمة ، وأثر ذلك بدأ الفقه يميز بين خطابات الضمان وبين الكفالة بان الأولى صورة للثانية وتختلف عنها في ان مصدر الخطاب والآمر متضامنان(٢) .

ونحن اذ نتجه مع الذين اعتبروا خطابات الضمان صورة للكفالة المصرفية فاننا نود ان نذكر ان من الجائز ان يتخذ عقد القرض صوراً

---

(١) انظر

Georgers Repert : traite elémentaire de droit Commercial. 3 édit. no 2185.

Henry. terrd et Henri le jeune : traite des operations commerciales panque; P 435.

jacques Ferronniere : les operations de banque 1958 on 315.

(٢) انظر د. أحمد الشيتي وفاروق غلاب : خطابات الضمان والكفالات المصرفية . بحث منشور في كتاب مؤتمر المحامين العرب السادس ١٩٦١ ص ٥٩ وما بعدها .

انظر د. علي جمال الدين عوض : خطابات الضمان . المرجع السابق . ص ٥ . ويقول « وقد ظهر الضمان المستقل في مصر تشريعياً لأول مرة في لائحة المناقصات والمزايدات الصادرة بقرار وزارة المالية رقم ٤٥٢ لسنة ١٩٥٢ والقانون ٤٣٦ لسنة ١٩٥٤ » .

مختلفة غير صورته المألوفة ، كما هو الشأن في عقد الخصم ، وفتح الاعتماد ، وخطابات الضمان باعتبار ان عقد القرض يجمع بينها كلها تحت وصف التسهيلات المصرفية[٣] ٠

وهكذا فان خطابات الضمان كنظام نشأ بمنأى عن المشرع لا بد ان يجد مكانه في النظام القانوني سواء أوجد هذا النظام المشرع أم القضاء أم الفقه ، ذلك لان الحاجة التي دفعت المصارف لابتداع فكرة خطابات الضمان المصرفية هي ذات الحاجة التي ظلت تدفع المهتمين لدعم هذه الفكرة وتطورها[٤] وسيكون المشرع مضطراً لرد هذه الفكرة الى أصلها من الناحية القانونية ، حتى اذا لم يفعل قام القضاء والفقه بهذا الدور ٠

وعلى ذلك يمكن الوصول الى تعريف خطابات الضمان من خلال توضيح خصائصها وعناصرها واستعراض بعض التعريفات التي ساقها بعض الفقهاء والتي وردت في بعض القوانين ٠

وتظهر خصائص خطابات الضمان المصرفية في كونها مستقلة عن أصل العلاقة التي كانت سبب وجودها ، وهذا يعني انه اذا كان الآمر باصدار خطاب الضمان مرتبطاً بعلاقة قانونية وهذه العلاقة هي التي التزم على أساسها ان يطلب من البنك الذي يتعامل معه اصدار خطاب الضمان لصالح من يرتبط معه ، فان التزام البنك في مواجهة المستفيد من هذا الخطاب تكون مستقلة عن علاقة الآمر بهذا المستفيد ، ومن خصائص هذه الخطابات كذلك انها واجبة الدفع عند أول طلب دون حاجة الى الرجوع الى العميل الآمر ٠

أما عناصر خطابات الضمان المصرفية فهي بالاضافة الى الأشخاص الآمر (العميل) والبنك والمستفيد فهناك السبب الذي من أجله صدر الخطاب (العلاقة القانونية) وهناك المدة التي يلتزم مصدر الخطاب خلالها ، ومقدار المبلغ الذي تعهد وفاءه ، وعدم تعليق الوفاء على شرط ٠

---

(٣) انظر نقض مصري ٠ الطعن رقم ٤١٢ ٠ السنة ٣٥ ق جلسة ١٩٦٩/١٢/٣٠ ٠ السنة ٢٠ ٠ ص ١٣٦٣ ٠ مشار اليه في د٠ أحمد حسني : قضاء النقض التجاري ٠ ط ١٩٨٢ ص ٢٢٠ ٠

(٤) د٠ علي جمال الدين عوض : خطابات الضمان ٠ المرجع السابق ص ٣ ٠

واستعان الفقه والقضاء بهذه الخصائص والعناصر وحاول المهتمون وضع تعريف لخطاب الضمان على أنه « تعهد مصرفي لدفع مبلغ نقدي لدى أول طلب من المستفيد بالتطبيق لنصوص التعهد دون امكان التمسك بأي دفع من عقد الأساس مع التحفظ بالنسبة لحالة الغش » ٠

كما عرفه البعض الآخر بانه « تعهد كتابي صادر عن البنك بناء على طلب عميله يلتزم فيه لصالح هذا العميل في مواجهة شخص ثالث هو المستفيد بان يدفع مبلغاً معيناً اذا طلبه المستفيد خلال أجل محدد في الخطاب »(٥) وتعريف آخر بانه « عقد كتابي بمقتضاه يتعهد البنك بكفالة أحد عملائه في حدود مبلغ معين تجاه طرف ثالث بمناسبة التزام يلقي على عاتق العميل المكفول وضماناً لوفائه تجاه ذلك الطرف »(٦) ٠

ويرى معظم الفقه ان خطاب الضمان مهما اختلفت صيغ وعبارات تعريفه فانها تجتمع على ان الالتزام الناشيء عنه في ذمة البنك التزام أصيل منبت الصلة عن التزام العميل ، وعلى أساس ذلك عرف بعض الفقه خطاب الضمان بانه « صك يصدر من البنك بناء على طلب عميله يتعهد فيه بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين خلال مدة محددة الى المستفيد دون قيد أو شرط »(٧) كما عرفه آخر « تعهد نهائي يصدر من البنك بناء على طلب عميله بدفع مبلغ نقدي معين أو قابل للتعيين بمجرد ان يطلب المستفيد ذلك من البنك خلال مدة محددة ودون توقف على شرط آخر »(٨) ٠

---

(٥) انظر د٠ محمود سمير الشرقاوي : القانون التجاري ٠ الجزء الثاني ٠ ط ١٩٨٤ ٠ وراجع .

M. Dubisson; Le droit de saisir les garanties bancaires emises dans Les marches internationaux J.C.P. 1982 ed C.I. 1383.

وراجع د٠ بضراني نجاة : المرجع السابق ص ٥٣٥ ٠

(٦) انظر راغب حبش : محاضرات القاها في معهد الدراسات المصرفية المصري عام ١٩٦٠ مشار اليه في د٠ سميحة القليوبي : المرجع السابق ص ١٠ ٠

(٧) انظر د٠ سميحة القليوبي : المرجع السابق ص ١١ ٠

(٨) انظر د٠ علي جمال الدين عوض : عمليات البنوك ٠ المرجع السابق ص ٥٦٩ وما بعدها ٠ وانظر د٠ رضا عبيد : القانون التجاري ط ١٩٨١ ص ٣٨٠ وعرف خطاب الضمان بانه « اتفاق بين العميل والبنك يلتزم البنك بموجبه بالتعهد نظير أجر بسداد مبلغ نقدي معين في خلال مدة معينة لشخص آخر يسمى المستفيد في خلال مدة معينة اذا طلب المستفيد السداد » ٠

ويرى بعض الفقه ان البنك يمنح توقيعه في خطابات الضمان على أساس انها صورة للتسهيلات المصرفية ، وفي ضوء ذلك ليس من التزامات البنك الوفاء بقيمة خطاب الضمان للمستفيد ، لأن توقيع البنك ذو قيمة ائتمانية يقرضها لعميله وهو لا يقوم بدفع نقود في الحال ٠

ويأتي اطمئنان المستفيد الى تعهد البنك بأن يدفع نقوداً بموجب خطاب الضمان مستنداً الى مركز البنك المالي وسمعته ، على اساس انه يكفي في كثير من الأحيان ان يستند العميل والمستفيد الى هذا التوقيع دون ان يؤدي ذلك الى خروج مبلغ من خزانة البنك ، ويقال في هذا الصدد ان البنك اقرض توقيعه[٩] ٠

وباستعراض ما سبق من التعريفات التي ساقها الفقه لخطابات الضمان وخصائص هذه الخطابات وعناصرها التي اعتمدها هذه الفقه ، نجد ان البنك لا يقدم للعميل أو المستفيد من خطاب الضمان نقوداً ولا يضع هذه النقود تحت تصرفه يأخذ منها ما يشاء ، ولا تدفع قيمته الى المستفيد في كل الأحوال ، ولا يتحمل البنك أية خسائر نتيجة دفع قيمته للمستفيد ، لانه يرجع على غطاء خطاب الضمان الذي يكون الآمر العميل قد أوجده ، ومع ذلك يقوم هذا الخطاب محل النقود ، ويتعين المطالبة بقيمته خلال وقت محدد ٠

وهكذا يمكن تحديد عناصر تعريف خطاب الضمان على أساس انه علاقة قانونية فيما بين مصدر الخطاب والمستفيد وان هذه العلاقة شأنها شأن كل العقود ترتب على عاتق اطرافها التزامات هي آثار تلك العلاقة ، لذلك نعرف خطاب الضمان بانه « **علاقة قانونية فيما بين البنك والمستفيد يترتب عليها التزامات على عاتق البنك بدفع مبلغ من النقود عند أول طلب خلال مدة محدودة** » ٠

---

(٩) انظر د٠ علي البارودي : المرجع السابق ص ٣٨٨ ٠ وراجع د٠ حياة شحاته : المرجع السابق ص ٢٩٤ ٠

ومن هذا التعريف نقرر ان العلاقة القانونية فيما بين البنك والمستفيد مستقلة عن علاقة البنك بعميله ولو انها كانت سبباً للعلاقة فيما بين البنك والمستفيد ، وان التزامات اطراف هذه العلاقة تبدو واضحة على عاتق مصدر الخطاب كما يلي :

- بدفع مبلغ معين من النقود أو قابل للتعين ٠

- ان يتم الدفع عند أول طلب من المستفيد وخلال مدة محددة ، رغم معارضة الآمر ٠

وخلاصة ما تقدم فان علاقة البنك بعميله الآمر تبقى بعيدة كل البعد عن علاقته بالمستفيد ، على انه اذا أوفى البنك قيمة خطاب الضمان فانه يعود بما أوفى على الآمر طبقاً للعلاقة القانونية التي تربطهما(١٠) ٠

---

(١٠) انظر تعريفات أخرى لخطابات الضمان تدور في مجملها حول استقلال هذا الخطاب د٠ علي جمال الدين عوض : خطابات الضمان ، المرجع السابق ص ٤ ٠

المطلب الثالث

أهمية خطابات الضمان المصرفية ووظيفتها

٧٨ـ تبدو أهميــة خطابات الضمان مــن وظيفتها الظاهرة في مجال استعمالها ، وهذه الوظيفة هي حلول الخطاب محل النقود ويتحدد على أساسها مدى التزام البنك في مواجهة المستفيد ٠

أمــا السمات التي تتأتى مــن خطابات الضمان فتظهر عندما يجــد الشخص نفسه مضطراً الى تقديم ضمان نقدي لاخر ليمنحه هذا الأخير أجلاً للوفاء أو للتنفيذ ، ويلجأ هذا الشخص الى البنك ويبرم معه عقد اعتماد بالضمان ويكون من التزامات البنك بموجب هذا الاعتماد اصدار خطاب ضمان لشخص آخر هو المستفيد ، وهذه السمات مكاسب يجنيها العميل الذي يحتفظ بنقوده ولا يجمدها ، والبنك الذي يتقاضى عمولة عن اصدار خطاب الضمان ، والمستفيد الذي يطمئن الى حسن التنفيذ أو ضمان التنفيذ وتظهر بوضوح أهمية خطابات الضمان ٠

ووظيفة خطابات الضمان الأساسية تكمن في جعل التزام البنك مصدر الخطاب ليس كفيلاً موسراً للمدين المكفول ، بل مدين بنفس درجة المكفول المدين الأصلي ، لانه يضمن للمستفيد من خطاب الضمان جميع الضمانات التي يؤمنها له الحصول على تأمين نقدي[1] ٠

وهكذا فانه اذا وجد خطاب الضمان ليضمن للمستفيد جدية المتقدمين للمناقصات والمقاولات والعطاءات أو حسن التنفيذ أو ارجاع الدفعات

---

(١) انظر د٠ علي جمال الدين عوض : عمليات البنوك ، المرجع السابق ص ٥٣٧ ويقول « فالبنك لا يضمن العميل في تنفيذ التزامه قبل الغير كما هو شان الكفيل العادي ، بل ان كفالة البنك هنا لها معنى يحل محل النقود تماماً ٠٠٠ وهي حلول الخطاب محل النقود تماماً كما يحل الشيك أو الورقة التجارية محل النقود في الوفاء » ٠

المقدمة سلفاً ، أو أي أمر يلتزم به البنك في مواجهة المستفيد بناء على طلب عميله ، فان من هذا الضمان تبدو أهمية خطابات الضمان واضحة جلية في انها وسيلة حماية لاطراف العلاقة القانونية التي انشأتها علاقة قانونية سابقة ، والعلاقة الأولى هي القائمة فيما بين البنك والمستفيد من خطاب الضمان كأثر للعلاقة الثانية القائمة فيما بين البنك والعميل من جهة والعلاقة فيما بين المستفيد والعميل من جهة أخرى ٠

وعلى هذا الأساس نتصور ان أحد الأشخاص التزم بموجب علاقة قانونية مع وزارة الصحة على ان يستورد من الخارج أجهزة طبية ليوردها لها ، وكان من شروط العقد ان تدفع وزارة الصحة دفعة أولى وان يقدم المتعاقد معها خطاب ضمان لضمان الدفعة الأولى ، فيلجأ ذلك الشخص الى أحد البنوك ليفتح لديه اعتماد بالضمان على أساس يصدر بموجبه البنك خطاب ضمان لصالح وزارة الصحة ، فيقوم البنك باصدار خطاب ضمان بالشروط التي طلبها العميل والتي تعتبر التزامات على عاتقه بموجب العقد المبرم مع وزارة الصحة ٠

وبهذا المثال نجد ثلاث علاقات نشأت بمناسبة اصدار خطاب الضمان وهي على التوالي :

الأولى ـ العقد المبرم بين المستورد ووزارة الصحة والذي تم بموجبه تحديد التزامات طرفية ، وان المستورد ملتزم بتقديم خطاب الضمان لضمان الدفعة الأولى التي استلمها من وزارة الصحة ٠

الثانية ـ العقد المبرم فيما بين المستورد كعميل للبنك والبنك والذي تحددت شروطه وفق الاعتماد الذي تم فتحه لصالح هذا المستورد (العميل) ٠

الثالثة ـ العقد المبرم فيمابين البنك والمستفيد وزارة الصحة والذي هو احدى صور الكفالة الذي ينعقد بايجاب الكفيل ويرتد برفض المستفيد٠

وعليه يكون الدور الهام لخطابات الضمان بالنسبة لما تقوم به في الحياة الاقتصادية ، وانها تحل محل النقود ، وهو ما ينتج عنه فائدة لاطراف العملية (العميل أو المورد والمستفيد والبنك) فالعميل يستثمر قيمة التأمين النقدي بعدم تجميده ، والمستفيد يطمئن الى الوفاء والتنفيذ ، والبنك يحصل على العمولة(٢) ٠

---

(٢) على الرغم ان خطاب الضمان يقوم مقام النقود وهذه الخصيصة تمتاز بها الأوراق التجارية ، الا انه لا يعتبر اداة وفاء كالشيك أو الأوراق التجارية الأخرى مستحقة الدفع ، بل يبقى اداة ضمان ٠

انظر في ذلك د٠ سميحة القليوبي : المرجع السابق ص ٣ ٠ وراجع د٠ علي جمال الدين عوض : عمليات البنوك ، المرجع السابق ص ٥٧٣ ويقول « الخطاب ليس ورقة تجاريـــة » ٠

المبحث الثاني

موقف الفقه والقضاء والتشريع
من خطابات الضمان المصرفية

٧٩ـ نستعرض في هذا المبحث آراء الفقه وأحكام القضاء ونصوص القانون التي تصدت بالحديث عن خطابات الضمان ، ونبدأ بآراء الفقه بسبب ان الكثير من النظم التجارية تنشأ بعيداً عن متناول يد المشرع على أساس ان الحاجة العملية دفعت اليها قبل ان يحاول الفقه تقصي أساسها القانونى في النظريات المختلفة ٠

كما نستعرض الدور الخلاق للقضاء الذي يرد النظم غير المقننة الى أساس قانوني بعد ان يكيف وقائعها من خلال عملية استقراء واستدلال ضمن نطاق المنطق القضائي ، ونتصدى الى التشريعات ودورها في تقنين القواعد التي تنظم العلاقات بين الأشخاص ٠

وفي هذه الدراسة نناقش بعض التشريعات التي تضمنت أحكاما لخطابات الضمان مثل قانون التجارة الكويتي[١] وقانون التجارة العراقي[٢] وقانون التجارة العماني[٣] ، ومشروع قانون التجارة المصري[٤] ، ومشروع القواعد الموحدة لخطابات الضمان كما أعدته غرفة التجارة الدولية في باريس[٥] ٠

---

(١) انظر قانون التجارة الكويتي الصادر بالمرسوم رقم ٦٨ لسنة ١٩٨٠ ونظم أحكام خطابات الضمان بالمواد ٣٨٢ ـ ٣٨٧ ٠

(٢) انظر قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ ونظم أحكام خطابات الضمان بالمواد ٢٨٥ ـ ٢٩٣ ٠

(٣) انظر قانون التجارة العماني الصادر بالمرسوم رقم ٥٥ لسنة ١٩٩٠ ونظم أحكام خطابات الضمان بالمواد ٣٩٢ ـ ٣٩٧ ٠

(٤) انظر بشأن مشروع قانون التجارة المصري الذي أعد عام ١٩٦٤ ٠ د٠ بشراني نجاة : المرجع السابق ص ٥٧١ ٠

(٥) انظر بشأن مشروع القواعد الوحدة لخطابات الضمان الصادر عن غرفة التجارة الدولية ٠ د٠ علي جمال الدين عوض : عمليات البنوك ، المرجع السابق ص ٦٣٦ ٠ وانظر نصوص المشروع باللغتين الانجليزية والعربية ٠ د٠ محي الدين اسماعيل علم الدين : المرجع السابق ص ٧٠٩ وما بعدها ٠

المطلب الأول

موقف الفقة من خطابات الضمان المصرفية

٨٠ـ يكاد الاجماع ينعقد بين الفقهاء على ان العرف المصرفي ابتدع صورة جديدة للكفالة المصرفية سميت بتسميات مختلفة من بينها خطاب الضمان ، ورغم الاختلاف فيما بينهم على تسمية هذه الصورة ، فانهم متفقون على ان لها خصائص تتميز بها عن الكفالة المصرفية تأصل لها ، على نحو تختلف في أحكامها عن أحكام الكفالة ولا تخضع لذات القواعد(١) ٠

هذا وان الفقهاء الذين اعترفوا بوجود هذه الصورة للكفالة المصرفية «خطاب الضمان» عرفوها تعريفات تؤدي الى ان هذه الصورة ذات خصائص تتميز بها عن الكفالة المصرفية ومن هذه الخصائص وأهمها ، ان تعهد البنك مستقل عن عقد الأساس الذي كان سببه ، وهو ما يعني ان هذا الخطاب مستقل لا يستطيع البنك الضامن ان يدفع في مواجهة المستفيد بأي دفع مستمد من عقد الأساس المبرم بين العميل والمستفيد(٢) ٠

أما البعض الآخر من الفقه فقد ابقى تعهد البنك بدفع مبلغ من النقود بكل صورة واشكاله في اطار الكفالة مستخدمين لفظ كفالة اثناء حديثهم عن الضمان(٣) ٠

---

(١) ذهب الفقه في مصر الى تسمية هذه الصورة (خطاب الضمان (Lettre de garantie وسماها بعض الفقه في فرنسا (الضمان المستقل (La garantie inde Pendante والبعض الآخر (الضمان المجرد (La garantie abstraite وغيرهم الضمان الواجب الدفع لدى أول مطالبة (La garantie á Premiére demande)، أو الضمان التلقائي (La garantie automatique)

انظر في لك د٠ بضراني نجاة : المرجع السابق ص ٥٣١ ٠

(٢) انظر ذلك د٠ علي جمال الدين عوض : خطابات الضمان المصرفية ٠ المرجع السابق ص ٤ وما بعدها ٠ عمليات البنوك من الوجه القانونية ٠ المرجع السابق ص ٥٨٥ ٠ د٠ بضراني نجاة : المرجع السابق ص ٥٣٢ وما بعدها ٠

(٣) انظر د٠ علي البارودي : العقود وعمليات البنوك التجارية ص ٣٩٩ ٠ د٠ محمود سمير الشرقاوي : المرجع السابق ص ٥٦٥ ويقول « يعتبر البنك كفيلا عن العميل في =

وهناك آخرون خلطوا فيما بين الكفالة المصرفية وخطابات الضمان بحيث ميزوا بينهما على أساس ان خطابات الضمان هي احدى صور الكفالة المصرفية التي تمنح من البنك للمستفيد بناء على طلب عميله في حالة غياب سند الشحن(٤) كما ان البعض الآخر خلط فيما بين خطاب الضمان كصورة للكفالة المصرفية وبين عمليات مصرفية أخرى ، كضمان تأمين الضمان ، والاعتماد المستندي المؤيد وضمان تأمين الوفاء بالكمبيالات المستندية(٥) •

وفضلاً عن ذلك فان هناك خلطاً كبيراً فيما بين الكفالة المصرفية وخطابات الضمان وصل في بعض الحالات الى اطلاق تسمية خطاب الضمان على الكفالة المصرفية •

= تنفيذ التزامه ، وتعتبر هذه الكفالة المصرفية من نوع خاص وتخضع لاحكام قانونية خاصة استقر عليها العرف المصرفي » • وقارن د• ادوار عيد : العقود التجارية وعمليات المصارف ط ١٩٦٨ ص ٥٦٢ ويرى ان خطاب الضمان عبارة عن كفالة يخضع اطرافها للقواعد العامة في القانون المدني ويقول انها كفالة تضامنية في حال وجود نص على ذلك في خطاب الضمان أو اذا تعلقت بالتزام تجاري • وقرب د• مصطفى كمال طه : الوجيز في القانون التجاري ط ١٩٧٣ ص ٤٢٦ • وذهب الى القول ان الكفالة المصرفية تقع بخطاب يوجهه البنك الى دائن العميل يضمن فيه تنفيذ العميل التزاماته ويسمى بخطاب الضمان (Lettre de garantie) • ويرى كذلك ان هذه العملية تخضع لقواعد القانون المدني المتعلقة بالكفالة وانها تضامنية عملا بقاعدة افتراض التضامن في المواد التجارية •

(٤) سميت هذه الصورة للكفالة المصرفية (الكفالة الملاحية) وفق العرف المصرفي في المغرب ، وذهب الى ذلك د• مصطفى كمال طه : عندما عرف خطاب الضمان بقوله « ان خطاب الضمان هو الخطاب الذي يسلم من الشاحن الناقل نظير سند شحن نظيف خال من التحفظات • بحث منشور في مجلة المحاماة المصرية العدد الثالث السنة ٤٧ ، ١٩٦٦ من تشرين ثاني ص ٢٢٦ •

(٥) انظر

Charles Bon Laux : Les garanties bancaires dems Le Cammerce International Rev, Banque Fev. 1982. no 414, P. 172.

ويعبر الانجليز عن خطاب الضمان بلفظ (Indeminity) ويعبر عنه الامريكان بلفظ (Performance bond.) ويقول الدكتور علي جمال الدين عوض : « ان أول من كتب في خطاب الضمان بصفته مستقلا عن الدين المضمون الاستاذان جاقلدا وستوفلبيه » عمليات البنوك ، المرجع السابق ص ٥٨٨ هامش ٢٢ •

ونحن ننبه الى خطورة هذا الخلط الذي يحاول البعض ايجاد أساسه للتمويه بغرض فرض صعوبة في التمييز فيما بين الكفالة المصرفية وصورتها المتمثلة بخطاب الضمان ، وتبدو خطورة ذلك في ان مضمون الكفالة بدأ يتلاشى من الصكوك التي تصدرها البنوك ليحل محلها مضمون خطاب الضمان على نحو لم يبق من الكفالة سوى العنوان الذي يدون في أعلى الصك .

وهناك الكثير من الحالات التي يعبر عنها الصك الصادر من البنك بانها خطاب ضمان هي في حقيقتها كفالة ، كتلك التي يصدرها البنك لصالح الجمارك قبل وصول سندات الشحن الخاصة بها(٦) أو التي يصدرها البنك لضمان حسن سلوك شخص أجنبي دخل البلاد(٧) .

وهكذا فانه بالرغم من ان الفقه الفرنسي يرى ان دور البنك في خطاب الضمان هو دور الكفيل ، فان ذلك لا يؤثر في طبيعة خطاب الضمان واختلافه عن الكفالة المصرفية وغيرها من عمليات البنوك بما يمتاز به من خصائص ، كما لا تؤثر أوجه الشبه بين الخطاب وغيره من عمليات البنوك في ان هذا الخطاب يرتب بذمة البنك التزاماً مستقلاً عن التزام المدين في مواجهة المستفيد ، وهذا الالتزام يجعل البنك مديناً للمستفيد .

ويترتب على ذلك ان المستفيد من خطاب الضمان لا يجبر على تعقب المدين الأصلي ، وهو ان بقي على خياره في الرجوع على البنك أو المدين الأصلي ، فذلك لا يغير من طبيعة الخطاب ، لان خيار المستفيد في الرجوع على البنك أساسه تعهد البنك بموجب الخطاب في حين نجد أساس خيار المستفيد في الرجوع على المدين في التزام المدين في مواجهة ذلك المستفيد .

---

(٦) تصدر البنوك هذه الكفالة ضماناً لما قد تتحمله الجمارك بسبب تسليم البضاعة للشخص المكفول .

(٧) ان التعهد الذي يصدر عن البنك لضمان حسن سلوك شخص أجنبي يعتبر كفالة مصرفية وليس خطاب ضمان لان التزام البنك في هذه الحالة كفالة عادية لا تمتاز بخصائص خطاب الضمان . انظر د. علي جمال الدين عوض : عمليات البنوك ، المرجع السابق ص ٤٩٨ . د. مراد منير فهيم : القانون التجاري . العقود التجارية وعمليات البنوك ط١٩٨٢ ص ٣١٨ هامش ١٥ .

ولجهة موقف الفقه من صحة الخطاب فكان التساؤل حول مدى تعارض اصدار الخطاب مع المبادىء العامة للقانون ، فمن جهة قيل « كيف يلتزم البنك وفاء دين غير موجود لدى أول مطالبة تصدر اليه من المستفيد رغم معارضة المدين » ، ومن جهةأخرى قيل « ان خطاب الضمان كتصرف قانوني لا بد ان تتوافر فيه الشروط الموضوعية ومن بين هذه الشروط السبب » وان الخطاب يخلو من السبب بما يجعل تصرف البنك غير صحيح .

ورأي القائلون بذلك عدم صحة خطاب الضمان لعدم وجود السبب لالتزام البنك ، ومرد ذلك كما يقولون ، ان التسليم باستقلال التزام البنك عن التزام المدين الذي كان سببه ، يجعل التزام البنك بخطاب الضمان بدون سبب ، واذا انعكست الصورة بحيث يبقى التزام البنك في الخطاب تابعاً لالتزام المدين فان ذلك يجعل هذه الصورة كفالة مصرفية(٨) .

وفيما يتعلق بالتساؤل لجهة « كيف يلتزم البنك وفاء دين غير موجود ولدى أول مطالبة ... الخ » فالرد على ذلك ان البنك الذي يدفع ما تعهد وفاءه للمستفيد بموجب التعهد الصادر عنه في خطاب الضمان سواء كان الوفاء ككفيل أو كنائب عن المدين أو على أساس القرض أو الاشتراط لمصلحة الغير ، فانه يعود بما وفى على المدين الأصلي وان الأخير اذا كان وفاؤه للبنك بدون وجه حق فيرجع على المستفيد الذي قبض قيمة الخطاب من البنك .

وأهميـة خطاب الضمان بخصائصه التـي سنوردهـا تجسد رغبة اطرافه في التعامل على اساسه بحيث يطمئن المستفيد ان البنك سيدفع قيمته دون عناء أو مماطلة ، خاصة اذا عارض المدين في الوفاء ، وان البنك سيعود بما يدفع على المدين والأخير يمكنه الرجوع على المستفيد اذا كان يرى ان الأخير تقاضى من البنك قيمة الخطاب دون وجه حق .

(٨) انظر في ذلك

Vivant : Le Fondement Juridique des obligatons abstraites, D.S. 1978. Chron. 39.

Gavalda et stoufflet, 1, artcle Precite no 21. P. 10.

وأساس تحليلنا وردنا على التساؤول يمكن رده الى ان خطاب الضمان كتصرف قانوني صدر عن البنك والتقى بتصرف قانوني صدر عن المستفيد ونتج عنهما انبرام عقد فيما بين البنك والمستفيد وبموجب ذلك أوجد هذا العقد حداً أدنى من الحماية للبنك كضامن في مواجهة عميلة وللمستفيد في مواجهة البنك ، وهذه الحماية تتمثل في ان المدين هو المكلف بالرجوع على المستفيد ومطالبته قضائياً اذا كان غير محق في قبض قيمة الخطاب .

أما ما يتعلق بالتساؤل لجهة السبب في خطاب الضمان ، فالرد على ذلك نراه كما ذهب بعض الفقه الفرنسي بان السبب في عملية خطاب الضمان يتنوع تبعاً لتنوع العملية الأصلية التي منح الضمان بمناسبتها ، وتبعاً لذلك يكمن السبب في العقد المبرم بين العميل الآمر والمستفيد ، وعلى هذا الأساس اذا لم يكن العقد بين العميل والمستفيد موجوداً فان خطاب الضمان يعتبر بلا سبب ويمكن الدفع في مواجهة المستفيد بذلك(٩).

ولا نرى كما رأى البعض انه اذا وجد اتفاق بين البنك والمستفيد ينص على انه ليس للبنك الضامن ان يدفع في مواجهة المستفيد بأي دفع رغم عدم وجود عقد فيما بين المستفيد والعميل الآمر ، يكون هذا الاتفاق صحيح ومعتبر ، ذلك لان هذا الاتفاق يبقى كاتفاق البنك والمستفيد في خطاب الضمان بدون سبب ولذات العلة يكون الاتفاق بين المستفيد والبنك الذي اصدر خطاب الضمان بدون سبب باطلا ، كما يكون الاتفاق فيما

---

(٩) انظر Gavalda et stoufflet, op. Cit. P. 10.

وانظر د. علي جمال الدين عوض : عمليات البنوك ، المرجع السابق ص ٤٨٦ ويقول « بالرغم من كون تعهد البنك في خطاب الضمان منفصلا عن دين العميل ومستقلا عنه من الناحية القانونية ، فانه مع ذلك مرتبط به من الناحية الاقتصادية ، فهو يصدر خدمة لعلاقة العميل بدائنه اذ يستهدف به العميل الحصول على ثقة هذا الدائن الذي قد لا يرضى باي ضمان آخر سوى هذه الصورة من صورة الضمان » .

انظر عكس ذلك د. سميحة القليوبي : القانون التجاري عمليات البنوك والأوراق التجارية ط ١٩٨٦ ص ١٠٩ وتقول « ونرى ان استقلال التزام البنك عن التزام المدين لا يمنع البنك من التمسك في مواجهة المستفيد بالدفوع الناشئة عن التزامه بارادته المنفردة » .

بين المستفيد والبنك الذي يتضمن شرطاً بأن البنك لا يستطيع الدفع في مواجهة المستفيد كيفما كان نوعه باطلا ، والبطلان في كلا العقدين أساسه عدم وجود السبب ٠

كما لا نرى ان غياب السبب في خطاب الضمان يرتب نشوء حق البنك بالتمسك بالدفع الا اذا ثبت وجود سبب غير مشروع ، لاننا نجد في خطاب الضمان انه يمتاز بالكفاية الذاتية كما هو شأن الورقة التجارية(١٠) وانه لذلك لا يبطل الالتزام الا بعد اثبات وجود سبب غير مشروع لان الأصل في خطاب الضمان الا يتوقف الوفاء به على واقعة خارجة عنه ولا على تحقق شرط أو حلول أجل ولا يغير من ذلك ان يرتبط تنفيذه بواقعه ترجع الى المستفيد من الخطاب(١١) ٠

(١٠) يرى اغلب الفقه المصري ان الارادة المنفردة الصادرة عن البنك الذي أصدر خطاب الضمان تعتبر سبباً لهذا الخطاب ، بحيث يكون البنك ضامناً وملتزماً بدفع قيمة خطاب الضمان الى المستفيد بمجرد اصدار الخطاب واعلام المستفيد به ٠ انظر في ذلك د٠ محمد حسني عباس : عمليات البنوك ط ١٩٦٨ ص ١٣٨ ٠ د٠ علي جمال الدين عوض : المرجع السابق ص ٥٠٤ ٠

(١١) انظر د٠ علي جمال الدين عوض : خطابات الضمان المصرفية ٠ المرجع السابق ص ١٤١ ٠

المطلب الثاني

موقف القضاء من خطابات الضمان المصرفية

٨١ـ اجمع القضاء في فرنسا وانجلترا والمانيا وسويسرا ومصر على وجود صورة للكفالة المصرفية تمتاز بخصائص تميزها عن الكفالة ، ومن هذه الخصائص استقلال الالتزام الذي تنشؤه تلك الصورة في ذمة الكفيل على نحو يكون منبت الصلة بالالتزام الذي كان سبباً لنشوء العلاقة فيما بين الكفيل والمستفيد ٠

وأكد هذا القضاء ان الالتزام المستقل ذو مظاهر تتجلى في ان البنك يلتزم بالمبلغ المحدد ولا يرتبط هذا الالتزام بالتزام العميل ذلك لانه ينقضي استقلالا بالوفاء أو بانتهاء المدة ، ومن هذه المظاهر ، دفع قيمة الالتزام فوراً ٠

ويشكل هذا المظهر سمة من سمات صورة الكفالة التي نتحدث عنها والتي اصطلحنا للتعبير عنها « خطاب الضمان » وهناك مظاهر أخرى لخطاب الضمان تبدو في مسؤولية البنك اذا امتنع عن الوفاء أو تراخي فيه ، وانه لا يأخذ موافقة عميله على الوفاء ٠

ونتحدث في الفقرات التالية عن التطبيقات القضائية بشأن خطابات الضمان على النحو التالي :

٨٢ـ **القضاء الفرنسي :**

أكد القضاء الفرنسي في العديد من أحكامه على استقلال خطاب الضمان على نحو يمتنع على البنك الذي أصدره الامتناع عن الوفـاء للمستفيد ولا يستطيع التمسك بالدفوع المخصصة للآمر (المدين) الناشئة عن علاقته بالمستفيد(١) ٠

---

(١) انظر حكم النقض الفرنسي الصادر بتاريخ ١٩٨٢/١٢/٢٠ مشار اليه في د٠ حياة شحاته : المرجع السابق ص ٣٢١ ٠

وقضت محكمة استئناف باريس بعبارات واضحة صريحة باستقلال التزام البنك وقالت « ... انه في الضمان عند أول طلب لا يستطيع بنك باريس الوطني ان يرفض السداد اثناء مدة صلاحية الضمان وليس في وسعه الاحتجاج بالدفع المستمد من عدم صلاحيته أو عدم تنفيذ العقد الذي يربط بين الآمر والمستفيد ، وعلى ذلك لا يمكن تطبيق المادة ٢٠٣٦ من القانون المدني على الضمان » .

وقضت كذلك (ان استقلال خطاب الضمان وقوته الملزمة القطعية التي لا رجعة فيها تمنع الآمر من التمسك بعدم تنفيذ عقد الاساس اطلاقا للقول بان طلب الخطاب يقوم على تعسف واساءة ظاهرين ، ويعوق بذلك خطاب الضمان) ، كما قضت بالقول (وان الخطاب يستتبع عدم الرجوع الى شروط تنفيذ عقد الأساس والواقعة التي ثبتت ظاهريا ان الآمر نفذ جميع التزاماته في مواجهة المستفيد لا تعفى البنك من احترام تعهده) .

ولهذه الجهة قرر القضاء الفرنسي ان مبدأ استقلال خطاب الضمان عن العقد الأصلي مطلق وقالت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في ١٩٨٥/٥/٢١ « ان كون الآمر قد نفذ التزامه الناشيء عن عقد الأساس كاملا لا يعفى البنك من وفاء التزامه المقطوع به في خطاب الضمان ، وان اساءة استعمال الحق في المطالبة بوفاء الخطاب من جانب المستفيد ولو كانت ظاهرة يجب استبعادها من المناقشة ، وان اثبات الغش وحده هو الذي يعطل نفاذ خطاب الضمان »[٢] وعرضت محكمة النقض الفرنسية لفكرة الغش عندما قضت بتاريخ ١٩٨٥/١٢/١٠ بان « الدفع بالغش يمكن التمسك به وان الغش يعطل مبدأ استقلال الضمان والضمان المقابل » ، وقالت في حكم حديث صدر بتاريخ ١٩٨٦/٦/١٠ :

---

(٢) ان اثبات الغش من الناحية العملية أمر صعب ما دام الغش يفترض مخالفة العقد الأصلي ولان التزام البنك في الخطاب كما هو مقرر مستقل عن العقد الأصلي فان ما ينبني على ذلك امتناع احالة الغش في العقد الأصلي الى خطاب الضمان .

انظر في ذلك دكتور علي جمال الدين عوض : خطابات الضمان المصرفية ، المرجع السابق ص ٢٢٩ .

« انه اذا كان خطاب الضمان مستقلاً بالنظر الى عقد الأساس ، فان امتناع التمسك بالدفوع المستمدة من تنفيذ عقد الأساس يتراجع أمام حالات الغش الواضح ، ومتى اتضح ان الشركة المستفيدة من الخطاب لم تسدد للشركة الآمرة المبالغ المستحقة عليها بمقتضى شهادات انتهاء الأعمال بنسبة ١٠٠٪ الصادرة منها والشهادات الأخرى الصادرة من مهندسها المشرف ومن ادارة الحسابات ، وان الشركة المستفيدة طلبت من الشركة الآمرة أعمالاً اضافية صدرت عنها فواتير لم تدفع من جانب المستفيد ، ولم تنازع فيها الشركة المستفيد فان ذلك يعني في نظر المحكمة وبحق ان طلب الوفاء بخطاب الضمان عمل ينطوي على غش » ٠

وفي اتجاه آخر ذهب القضاء الفرنسي الى ان التعسف الظاهر يتساوى بالحيل والأعمال المنطوية على الغش ، وان كليهما يجوز الاحتجاج به في مواجهة المستفيد ويمتنع على أساس ايهما الوفاء ، وساوت محكمة النقض الفرنسية في حكم حديث صدر عام ١٩٨٧ بين التعسف الظاهر والغش ، كما ان قضاء النقض الفرنسي ذهب بشأن الغش بعيداً عندما قرر للعميل التمسك بالدفع لمظنة الغش ولم يكتف باثبات حالة الغش الظاهرة ، وكذلك عندما قرر ان تواطؤ البنك الضامن في الغش يؤخذ فيه بمجرد علمه بغش المستفيد ، والغش هنا كما قرره القضاء الفرنسي يفترض من مجرد كون البنك والمستفيد يخضعان لرقابة واحدة « أي انهما جزائريان »(٣) ٠

وقرر هذا القضاء صراحة ان المقاول الذي طلب اصدار خطاب الضمان لصالح صاحب العميل كمستفيد يوجب على البنك احترام تعهده ، وان تنفيذ المقاول جميع التزاماته في مواجهة المستفيد يعفي البنك من احترام تعهده ٠

---

(٣) يؤخذ على هذا المبدأ مخالفته للقاعدة التي تقضي ان الغش لا يفترض بل يجب اقامة الدليل عليه ٠

انظر د٠ علي جمال الدين عوض :خطابات الضمان ، المرجع السابق ص ٢٣٣ ٠

ود٠ سيد بدوي : مبدأ حسن النية في المعاملات المدنية ٠ رسالة دكتوراه ٠ جامعة القاهرة ١٩٨٩ ٠

كما تصدى هذا القضاء لمناقشة السبب في خطاب الضمان وقرر بان السبب في خطاب الضمان يظهر في رغبة وارادة البائع الذي يصدر البضاعة ، وناقش موضوع حجز خطاب الضمان تحت يد البنك ، واجاز ابتداءً الحجز تحت يد البنك على حق المستفيد الناشيء عن خطاب الضمان في الحالة التي يكون فيها للعميل الآمر في ذمة المستفيد حقاً مؤكداً (Certain) ومعين المقدار (Lequide) ومستحق الاداء (exigible) .

وقضت محكمـة ابتدائية فرنسية في قضيـة تتلخص وقائعهـا ان ثلاث شركات فرنسية ابرمت مع شركة سعودية عقـداً لبناء فندق ، وبناء على الاتفاق اصدر بنك فرنسي لصالح الشركة السعودية خطابي ضمان ، **الأول لضمان الدفعة الأولى · والثاني لضمان حسن النهاية** واشترط في هذين الخطابين وجوب الوفاء بهما لدى أول طلب يصدر عن الشركة المستفيدة ، وان الشركات تتنازل عن أي حق لها في آثاره أية دفوع أو البحث عن أسباب للتمسك بالدفع بعدم الوفاء ، وانها كذلك تتنازل مسبقاً عن المنازعة في صحة الوفاء الذي قد يقوم به البنك الضامـــن ·

ولكون الشركات الثلاث أصبحت دائنة للشركة السعودية بمبالغ كبيرة كانت مؤكدة ومعينة المقدار ومستحقة الاداء ، فقد قرر قاضي الأمور المستعجلة اجراء الحجز بين يدي البنك على قيمة الخطابين بما يعادل الدين المستحق للشركات الثلاث في ذمة الشركة السعودية ·

وايدت محكمة النقض الفرنسية بتاريخ ١٣/٥/١٩٨٠ قرار قاضي الأمور المستعجلة وقالت « وحيث انه من المؤكد حتماً ان الحجز بين يدي البنك ، اذا لم يكن قائماً على أساس ، فانه يشكل حينئذ غشاً يتمثل في استخدام وسيلة ملتوية لوقف الوفاء بمبلغ الضمان » وقالت المحكمة أيضاً « وحيث ان الدين في هذه الواقعة كما هو ثابت مؤكد ومعين المقدار ومستحق وحيث ان الأمر بالقاء الحجز بين يدي البنك لا يجمد بصورة نهائية وبدون سبب خطاب الضمان ، وانما يؤخر فقط الوفاء » وانطلاقاً من ذلك أيدت محكمة النقض حكم قاضي الأمور المستعجلة ·

ومع ذلك رجع القضاء الفرنسي فيما قضى به بالمنازعة السابقة وقضى انه لا يجوز حجز قيمة خطاب الضمان الا اذا كان دين الآمر في ذمة المستفيد ناشئاً عن علاقة أجنبيةعن العقد الأصلي ، وقضى كذلك انه يكفي ان لا يجد الدين مصدره في النزاع الدائر فيما بين الآمر والمستفيد والمتعلق بمدى حق هذا الأخير في المطالبة بالضمان ٠

وهكذا فان القضاء الفرنسي أقر حجز قيمة خطاب الضمان باقتراض وجود دين مؤكد لا يجد مصدره في المنازعة التي كانت السبب في المطالبة بالضمان من طرف المستفيد ، وهذا الأمر يتوقف على التقدير الدقيق لمدى تمييز الدينين ٠

وكنتيجة لاستقرار القضاء الفرنسي بشأن خطابات الضمان فقد بدا واضحاً انه يؤكد على استقلال هذه الخطابات والالتزامات التي جاءت أثراً لها ، واتجهت المحاكم الفرنسية نحو الابتعاد عن فكرة الغش كأساس لمنع البنك من دفع قيمة الخطاب باعتبار انه لا يتصور صدور الغش من المستفيد في علاقة البنك والعميل عندما اتفقا على اصدار خطاب الضمان ٠

ولجأت المحاكم في فرنسا الى الاستعانة بفكرة التعسف الظاهر في طلب قيمة الخطاب ، وتقوم هذه الفكرة على ان المستفيد ليس من حقه المطالبة بقيمة خطاب الضمان اذا كان مديناً للعميل بما يزيد عن قيمة الخطاب ، وقضت محكمة باريس التجارية بمنع بنكين أجنبين ضامنين وبنكاً فرنسياً « ضامناً بالمقابل » من دفع قيمة الضمان تأسيساً على ان المستفيد متعسف في طلبه(٤) ٠

---

(٤) انظر

Trib; Com. De paris, Ref., 1re Aout, 1984, S. A. G. T. M., Entrepase et Autres, C. Credit Lyonnais - CD. 1986 - P. 159.

٨٣- القضاء الانجليزي :

أيد القضاء الانجليزي فكرة استقلال التزام البنك في مواجهة المستفيد بخطاب الضمان عن الالتزام الأصلي ، وقضت محكمة الاستئناف في حكمها الصادر بتاريخ ١٩٨٣/١٢/٩ بانه « حتى ولو كان خطاب الضمان من الدرجة الأولى والمقدم من البنك بناء على طلب عميله مستورد البترول السوري الذي كان مرتبطاً باعتماد مستندي صادر عن بنك المصدر ولصالح البنك السوري ، فلا يستطيع المصدر (الناقل) ان يمنع المستورد السوري من طلب الضمان ، وعلى البنك السوري دفعه كما يتعين على بنك المصدر الموافقة على الاعتماد المستندي في حالة طلبه الا اذا كان هناك غش في طلب السداد » ، وقضت ذات المحكمة بتاريخ ١٩٨٤/٢/٢٨ « بان الضمان من الدرجة الأولى هو ضمان مستقل عن العقد الأساسي ، واذا حدث نزاع بين البائع (الآمر) والمشتري (المستفيد) فلا يستطيع البنك الضامن ان يمتنع عن سداد قيمة الضمان بناء على طلب الآمر الا في حالة الغش والتدليس »(٥) .

ويتضح من ذلك ان القضاء الانجليزي اعترف بصحة خطاب الضمان بخصائصه التي من أهمها استقلال الالتزام الذي انشأه على عاتق البنك لصالح المستفيد عن الالتزام الأصلي الذي انشأته العلاقة فيما بين المستفيد والآمر ، وان القضاء الانجليزي يستثنى من وجوب الوفاء بقيمة خطاب الضمان للمستفيد حالة واحدة هي الغش ، وقال اللورد دننج (Denning) في قضية عرضت أمام القضاء (ان ضمان التنفيذ يعتبر في الواقع كالسند الأذني الذي يدفع لدى طلبه ، ومتى طالب المستفيد «الليبي» بالوفاء فان

---

(٥) انظر

Court of appeal, 17 July. 1984 united trading Corporation Sa and other V Allied Arab bank ltd; an d others; Murray Clayton ltd. and others, V Pafindain and others international banking law. 1984. 48, 1985 - 142.

وراجع د. حياة شحاته : المرجع السابق ص ٣٢٢ .

البنك يلتزم بدفع الضمان ، وعملاً يكون البنك في مركز يمكنه من معرفة ما اذا كان طلب المستفيد يقوم أو لا يقوم على الغش)[٦] •

ويتضح من موقف القضاء الانجليزي ان البنك ملتزم بدفع قيمة خطاب الضمان طبقاً لبنوده ، ولا يتدخل في العلاقة فيما بين المورد وعميله، ولا شأن له فيما اذا كان المورد قد نفذ التزامه أم لا ، ولا فيما اذا كان مخطئاً أم غير مخطيء ، وعلى البنك ان يدفع طبقاً لاحكام خطاب الضمان بمجرد طلب المستفيد بغير شرط ولا اثبات •

والاستثناء الوحيد هو متى وصل البنك اخطار صحيح بالغش ولهذه الجهة قضت محكمة استئناف لندن بتأييدها مبدأ رفض السداد من قبل البنك الضامن على أساس التعسف والغش ، وقالت (ان القاضي يستطيع منع البنك من سداد قيمة الضمان اذا اتضح له ان هذا السداد تعسفي ، ويستطيع كذلك الغاء قرار الامتناع عن السداد اذا ثبت له انه لا يوجد تعسف في طلب السداد)[٧] •

٨٤ـ القضاء الهولندي :

تصدى هذا القضاء الى مناقشة طبيعة التزام البنك في مواجهة المستفيد من خطاب الضمان ، وخلص الى ان هذا الالتزام يتسم بطابع الاستقلال ، وأقر بصحة الالتزام الناشيء عن خطاب الضمان وحق المستفيد في قيمته ، وقضت احدى المحاكم بتاريخ ١٩٨٣/٣/١٤ بانه « على البنك الضامن ان يدفع قيمة خطاب الضمان عند أول طلب من المستفيد ولا يمكن منع البنك من السداد الا في حالة ثبوت غش أو تعسف من المستفيد •

ويلاحظ ان هذا القضاء نحى منحي القضاء الفرنسي عندما اضاف حالة التعسف الى حالة الغش وان البنك في الحالتين يستطيع الامتناع عن الوفاء[٨] •

---

(٦) انظر د• علي جمال الدين عوض : خطابات الضمان ، المرجع السابق ص ٢٤٣ •
Trib. Com de Melun, 29 avr; 1985, I. R, 159. Edwardowen. v. Barclays Bank 1977, 3 W. L. R. 764.

(٧) انظر وقائع الدعوى • ادوار ضد بنك براكليز مشار اليه في د• حياة شحاته : المرجع السابق ص ٣٤٣ •

(٨) انظر د• حياة شحاته : المرجع السابق ص ٣٢٤ •

٨٥ـ القضاء الالماني :

اتجه هذا القضاء اتجاه القضاء الانجليزي بحيث أكد على استقلال خطاب الضمان والالتزام الذي نشأ عنه ، وقضت المحكمة العليا الاتحادية بذلك فقالت « على البنك الضامن السداد بمجرد طلب المستفيد ، نظراً لان الضمان مستقل عن العقد الأساسي ، الا في حالة التدليس مع احترام حسن النية » •

٨٦ـ القضاء السويسري :

أكدت المحاكم السويسرية على ذاتية الضمان بأحكام متعددة وقضت بانه « يتعين السداد بمجرد طلب المستفيد وعلى الضامن ان يحترم استقلال الضمان » • الا ان هذا القضاء أقر وقف صرف خطاب الضمان في حالة وحيدة تقوم على تعسف المستفيد من خطاب الضمان • ولان هذا الحكم حديث صدر بتاريخ ١٢/٩/١٩٨٥ فان ذكر وقائع الدعوى وخلاصة هذا الحكم يبدو آمراً مفيداً •

تتلخص وقائع الدعوى ان المؤسسة العامة السورية اشترت بموجب عقد من شركة (Miranos) البنمية ومركزها جنيف بضاعة ، واصدر البنك التجاري السوري خطاب ضمان حسن تنفيذ العقد بناء على طلب البائع ، وكان هناك ضمان مقابل اصدره اتحاد البنوك السويسرية في جنيف (U. B. S.) •

وعند تفريغ البضاعة في ميناء طرطوس ادعت المؤسسة السورية ان البضاعة غير مطابقة للمواصفات وتقدمت بدعوى أمام قاضي طرطوس وطلبت تعيين خبير ، وتقدم اتحاد البنوك السويسرية بدعوى كذلك[٩] •

---

(٩) انظر أحكام منشورة في
Dalloz. sirey. 1985 P. 167, 164 Note vasseur.

وانظر د• حياة شحاته : المرجع السابق ص ٢٣٥ هامش ٣ •

وراجع
Court de Justice Civile de Geneve, 14 Mars, 1985 (Iranian goverment trading, Corporation et banque. Melle. Iran C. secogest S. A.).

بتاريخ ١٩٨٥/٢/٢٥ طالب البنك السوري البنك الضامن « اتحاد البنوك السويسرية » بدفع قيمة الضمان المقابل ، الا ان قاضي الأمور المستعجلة السوري أمر بايقاف سداد الضمان الرئيسي الصادر من البنك التجاري السوري ٠

وبتاريخ ١٩٨٥/٥/٥ تقدم الخبير بتقريره واثبت فيه ان العيوب هي في حدود التسامح التعاقدي ٠

كانت شركة (Miranos) تقدمت بدعوى الى القضاء السويسري وحصلت بتاريخ ١٩٨٥/٣/٤ على حكم يمنع اتحاد البنوك السويسرية (U. B. S.) من دفع الضمان المقابل ٠ وطعن بهذا الحكم من المؤسسة السورية ، فقضت المحكمة العليا بان الطعن مقدم على غير أساس وان المؤسسة السورية عندما طلبت قيمة الضمان ارتكبت عملا تعسفياً وذلك للسببين التاليين :

السبب الأول

ان طلب الضمان المقابل لا يستحق الحماية الا اذا كان الضمان الرئيسي بذاته معرضا لان يطلب ، ولكن في هذه الدعوى لا يمكن تنفيذ الضمان الرئيسي لان القاضي السوري أوقف تنفيذه ، ومن أجل هذا قررت المحكمة ان طلب الضمان المقابل هو طلب تعسفي حيث تم ايقاف الضمان الرئيسي ، وقد ثبت بالدليل الواضح ان البنك الضامن الرئيسي سيء النية بكل وضوح وهو يطلب الضمان المقابل ٠

السبب الثاني

اثبت تقرير الخبير القضائي ان العيوب التي شابت البضاعة كانت نسبتها أقل من الحد الذي يتسامح فيه والمقرر بالعقد ، الأمر الذي يعني ان المستفيد متعسف في طلبه الضمان المقابل(١٠) ٠

---

(١٠) انظر في ذلك :
Cour De Justice Civil De Geneva, 1re sect. 12 sept., 1985. (Union de Banques Suisses; U. B. S., et General establishment for céréal Processing and trade C. Miranos international trading in C. S. A.) Dalloz. sirey 1986. P. 165 note vasseur.

٨٧ـ القضاء المصري :

كان ظهور خطابات الضمان في مصر لأول مرة عام ١٩٥٢ عندما اصدر وزير المالية قراراً بخصوص المناقصات والمزايدات ، وابتدأ الحديث الفقهي حول هذا الموضوع عندما أصدر القضاء المستعجل حكمين بتاريخ ٤/١ و ٥/٣ عام ١٩٦٠(١١) تعرض فيهما لخطابات الضمان(١٢) وتوالت بعد ذلك الاحكام الصادرة عن هذا القضاء بما يفيد التوجه نحو الاعتراف بمضمون واستقلال هذه الخطابات ٠

ففي حكم لمحكمة استئناف القاهرة صدر بتاريخ ١٩٦٣/٢/١٩ قضت فيه بانه « لا يجوز للبنك ان يرفض الوفاء للمستفيد بسبب يرجع الى علاقة البنك بالآمر أو الى علاقة الآمر بالمستفيد »(١٣) ٠

وقضت محكمة النقض بتاريخ ١٩٦٩/٥/٢٧ بان « خطاب الضمان وان صدر تنفيذاً للعقد المبرم بين البنك والمدين المتعامل معه ، الا ان علاقة البنك بالمستفيد الذي صدر خطاب الضمان لصالحه هي علاقة منفصلة عن علاقته بالعميل ، اذ يلتزم البنك بمقتضى خطاب الضمان وبمجرد اصداره ووصوله الى المستفيد بوفاء المبلغ الذي يطالب به هذا الأخير باعتباره حقاً له يحكمه خطاب الضمان ما دام هو في حدود التزام البنك المبين به ، ويكون على المدين (عميل البنك) ان يبدأ هو بالشكوى الى القضاء اذا قدر انه غير مدين للمستفيد أو ان مديونيته لا تبرر ما حصل عليه المستفيد من البنك »(١٤) ٠

---

(١١) انظر مجلة المحاماة المصرية سنة ١٩٦١ ص ١٤٧٦ والتعليق على الحكمين د٠ علي جمال الدين عوض : عمليات البنوك ط ١٩٦٠ بند ٨٣ ٠

(١٢) استئناف القاهرة حكم رقم ٧٨٥ تاريخ ١٩٦٣/٢/١٩ المجموعة الرسمية س ٦١ ق ص ١١٢ ٠

(١٣) انظر نقض مصري الطعن رقم ٤١٤ سنة ٢١ ق جلسة ١٩٥٤/٤/١٥ مجموعة ٢٥ عاماً فقرة ١ ص ٢٢٠ مشار اليه في د٠ أحمد حسني : قضاء النقض التجاري ص ٢١٩ ٠

(١٤) نقض مصري الطعن رقم ٢٤٩ السنة ٣٥ ق تاريخ ١٩٦٩/٥/٢٧ ٠ مجموعة احكام النقض سنة ٢٠ ص ٨١١ الموسوعة الذهبية ج ٨ ص ٢٣٧ ٠

وتوالت أحكام القضاء بما يؤيد استقلال الالتزام الذي انشأه خطاب الضمان بما يعني ان مصدر الخطاب لا يلتزم بالنيابة عن عميله ولا من أجل ضمان حسن التنفيذ وهو لا يسدد ما على ذلك العميل من التزامات ٠

وقالت محكمة النقض في أحكام عديدة ان الالتزام في خطاب الضمان مستقل عن العلاقة السابقة عليه ولو انها كانت سبب نشوئه وتضمن حكمها في هذا الشأن ٠

« ان خطاب الضمان وان صدر تنفيذاً للعقد المبرم بين البنك والمدين المتعامل معه الا ان علاقة البنك بالمستفيد الذي صدر خطاب الضمان لصالحه هي علاقة منفصلة عن علاقته بالعميل(١٥) وان التزام البنك بالوفاء للمستفيد التزام أصيل لا بالوكالة عن العميل »(١٦) ٠

وحاول القضاء المصري تكييف خطاب الضمان برده الى احدى النظريات أو الحاقه بأحد الأنظمة التجارية ، وقرر ان التسهيلات المصرفية التي يصدق عليها وصف القرض يدخل من ضمنها خطابات الضمان وقالت محكمة النقض « من الجائز ان يتخذ عقد القرض صوراً مختلفة غير صورته المألوفة من قبيل الخصم وفتح الاعتماد وخطابات الضمان باعتبار انه يجمع بينها كلها وصف التسهيلات الائتمانية ويصدق عليها تعريف القرض بوجه عام الوارد في المادة ٥٣٨ من القانون المدني »(١٧) ٠

ولعل القضاء المصري كان واضحاً اكثر من غيره في أحكامه العديدة التي أكد من خلالها ان هناك فرقاً فيما بين خطابات الضمان وغيرها من عمليات البنوك وخاصة الفرق بينها وبين الكفالات المصرفية ، وجاء هذا الوضوح في القرارات العديدة التي أكدت على استقلال التزام البنك

---

(١٥) نقض مصري : المرجع السابق ٠

(١٦) نقض مصري الطعن رقم ١٠٦ سنة ٣٧ ق طعن ١١ سنة ق جلسة ١٩٧٣/٣/٤
س ٣٣ ص ٤٠١ مشار اليه في د٠ أحمد حسني : قضاء النقض التجاري ص ٢١٨ ٠

(١٧) انظر نقض مصري ٠ طعن رقم ٤١٢ سنة ٣٥ ق جلسة ١٩٦٩/١٢/٣٠ س ٢٠ ص ١٣٦٣
د٠ أحمد حسني : المرجع السابق ص ٢٢٠ ٠

وتجسيد مظاهر هذا الاستقلال في انه التزام مجرد[18] لا يرتبط بعلاقة سابقة سواء علاقة البنك بعميله الآمر أو الآمر بالمستفيد ، وانه التزام مباشر على نحو يتحمله البنك في مواجهة المستفيد وفي ذلك قضت محكمة النقض بالقول ٠

« ومن المقرر في قضاء هذه المحكمة ان خطاب الضمان وان صدر تنفيذاً للعقد المبرم بين البنك والمدين المتعامل معه ، الا ان علاقة البنك بالمستفيد الذي صدر خطاب الضمان لصالحه هي علاقة منفصلة عن علاقته بالعميل ، اذ يلتزم البنك بمقتضى خطاب الضمان وبمجرد أصداره ووصوله الى المستفيد بوفاء المبلغ الذي يطالب به هذا الأخير باعتباره حقاً له يحميه خطاب الضمان ، ما دام هو في حدود التزام البنك المبين به ، كما ان البنك مصدر الخطاب لا يعتبر وكيلا عن العميل في الوفاء للمستفيد بقيمة خطاب الضمان ، ذلك ان التزام البنك في هذا الأمر التزام أصيل » ٠

« ويترتب على ذلك ان ما يدفعه العميل للبنك لتغطية خطاب الضمان ، انما هو تنفيذ وتأمين للعلاقة القائمة بين العميل والبنك وحدهما ولا صلة للمستفيد بها ، كما ان البنك الذي يقوم بتثبيت اعتماد مصرفي بين عميله والمستفيد منه لا يصح وصفه بانه ضامن أو كفيل يتبع التزام المدين المكفول ، بل يعتبر في هذه الحالة التزاماً مستقلا عن العقد القائم بين المتعاملين »[19] ٠

ومن مظاهر استقلال التزام البنك أيضاً انه بات ونهائي على نحو لا يعتبر البنك والعميل في مركز الملتزمين بالتضامن ، لانه لو فرض ذلك فانه يفترض تعدد روابط الدائن بالمدينين بمحل واحد ، وهذا غير موجود لان محل التزام البنك مختلف عن محل التزام العميل المدين[20] ٠

---

(١٨) نقض مصري ١٩٦٤/٥/١٤ وحكم المحكمة الادارية العليا بتاريخ ١٩٦٣/٦/٢٠ مشار اليهما في د٠ بغراني تجاة : المرجع السابق ص ٥٨٤ ٠

(١٩) نقض مصري الطعن رقم ٦٤٨ السنة ٤٨ ق جلسة ١٩٨٢/٤/١٢ وبذات المعنى نقض مصري طعن ٣٧٠ سنة ٢٩ ق جلسة ١٩٦٤/٥/١٤ ٠

(٢٠) انظر في هذا التوجه د٠ سميحة القليوبي : المرجع السابق ص ٦٠ ٠

وتأسيساً على ذلك يعتبر التزام البنك في خطاب الضمان بمواجهة المستفيد التزاماً تلقائياً يستطيع هذا المستفيد ان يحصل على مبلغ الخطاب بمجرد تقديم طلب الى البنك ، وهذا ما يفسر التزام الضامن في خطاب الضمان بصورة نهائية وباته • ومعنى ذلك انه ليس بمقدور البنك مصدر خطاب الضمان بعد وصول هذا الخطاب الى المستفيد ان يرجع فيه أو يعدله ، أو يمتنع عن وفاء قيمته لأي سبب من الأسباب حتى ولو طلب اليه العميل ذلك(٢١) •

وأيد القضاء المصري توجه محكمة استئناف باريس عندما قضت بان البنك الذي يمنح ضمانه لشركة في مواجهة مستفيد لا يستطيع رفض الضمان بعدم الدفع لمجرد الاعتراض على الوفاء من قبل العميل وانه اذا فعل يكون متعسفاً وسيء النية ويتوجب إدانته بتعويض الضرر(٢٢) •

وهناك مظاهر أخرى لاستقلال التزام البنك تبدو في عدم التزام البنك اخطار العميل قبل الوفاء(٢٣) وعدم استطاعته رفض الوفاء(٢٤) •

بقي ان نتسائل هل أخذ القضاء المصري بفكرة الغش واجاز للبنك الامتناع عن الوفاء على اساس ذلك ، الحقيقة ان القضاء المصري لم يتصدى لمعالجة حالة الغش اذا صدرت عن المستفيد كما فعل القضاء الفرنسي

---

(٢١) هذا ما قررته محكمة النقض المصرية في العديد من الاحكام الصادرة عنها بجلسة ١٩٧٢/٣/١٤ ، ١٩٨٣/٤/١٢ ، ١٩٨٤/٢/١٣ •

(٢٢) انظر أحكام عديدة بهذا الخصوص مشار اليها في د• بضراني نجاة : المرجع السابق ص ٥٩٠ •

(٢٣) اكدت محكمة النقض المصرية بانه « اذا قام البنك بصرف مبلغ خطاب الضمان للمستفيد فانه ليس للعميل ان يتحدى بوجوب اعذاره هو قبل صرف مبلغ التعويض المبين في خطاب الضمان » نقض مصري جلسة ١٩٦٤/٥/١٤ مرجع سابق وجلسة ١٩٧٩/١٢/٣١ وجلسة ١٩٨٠/٢/١١ مرجع سابق وقضت بالأول بانه « من المقرر ان البنك مصدر خطاب الضمان يلتزم بسداد قيمته الى المستفيد بمجرد مطالبته بذلك اثناء سريان اجله دون حاجة الى الحصول على موافقة العميل » •

(٢٤) انظر حكم النقض الفرنسي الأول ويتعلق بفكرة التعسف الظاهر والثاني هجر هذه الفكرة •

الذي استند في باديء الأمر الى فكرة التعسف الظاهر ليقول على أساسها بحق البنك الامتناع عن الوفاء ، والقضاء الفرنسي ذاته رفض فكرة التعسف الظاهر عندما عاد عنها بالقرار الصادر بتاريخ ١٩٨٥/٥/٢١[٢٥].

وقال ان الطابع المستقل لالتزام البنك في خطاب الضمان يستبعد أية امكانية للاستناد الى شروط تنفيذ العقد الأصلي ، وان كون العميل نفذ جميع التزاماته تجاه المستفيد في الضمان ، فلا يجوز ولو قام الدليل على صحة ادعائه باعفاء البنك من تنفيذ التزامه بالوفاء ، وكنتيجة لتخلي القضاء الفرنسي عن فكرة التعسف الظاهر فقد تبنى فكرة الغش وكيف تصرف المستفيد المؤدي للغش بانه الغياب الظاهر لأي حق للمستفيد (L, absence Manifestede droit du béneficiaire) .

وعلى ذلك تعتبر مطالبة المستفيد مبنية على غش اذا كان لا يملك أي حق في مواجهة العميل وخاصة اذا ثبت مثلا ان العميل نفذ الالتزام بالكامل أو ان ما نفذ من العقد يزيد عن مقدار الدفعة الأولى الذي صدر خطاب الضمان من أجل ضمانها .

والقضاء المصري كما ذكرنا لم يتصدى لفكرة الغش ربما لانها لم تعرض عليه في أية منازعة . ونحن اذ لا نميل نحو الأخذ بفكرة الغش كما صاغها القضاء الفرنسي الا اننا لا نقول بالابتعاد عنها على نحو يبقى للبنك حق الامتناع عن صرف خطاب الضمان اذا كان الغش ظاهراً ، والسبب في موقفنا انه :

أولاً « الغش يفسد كل شيء » وانه ما دخل في شيء الا أفسده .

ثانياً لنترك للقضاء معالجة هذا الموضوع على أساس الابقاء على فكرة الغش التي يتوجب على البنك اذا ثبت لديه ان لا يقوم بالوفاء للمستفيد وان التكييف القضائي لمثل هذه الواقعة يكاد يكون في مرتبة التشريع لان في تفسير القضاء ما يكمل التشريع أحياناً .

---

(٢٥) مشار الى ذلك في د. بضراني نجاة : المرجع السابق ص ٥٩٦ هامش ٢/١ .

٨٨ـ القضاء الأردني :

لم يتصدى القضاء الأردني بصورة صريحة لخطابات الضمان وتردد ولا يزال في الحديث عنها في الاحكام الصادرة عنه حتى انه في الحكم الذي صدر عام ١٩٧٥ وكانت وقائعه تشير الى ان موضوع المنازعة خطاب ضمان ، تجنبت محكمة التمييز استعمال لفظ خطاب الضمان وابقت على استعمال لفظ الكفالة المصرفية · ومع انه لوحظ مؤخراً توجها لدى بعض المحاكم تقول بالتمييز بين خطاب الضمان والكفالة المصرفية ، الا ان هذا التوجه لا يرقى الى درجة الاعتراف بوجود خطاب الضمان رغم الاعتراف بوجود خصائص معينة للكفالة المصرفية مستمدة من قاعدة العقد شريعة المتعاقدين وهذه الخصائص هي في حقيقة الأمر تمتاز بها خطابات الضمان عن الكفالة المصرفية ·

ومن المفيد ان نستعرض قرار محمكة التمييز حول هذا الموضوع(٢٦) وورد فيه الحيثيات التالية :

يعتبر ملزماً للطرفين المتعاقدين تطبيقاً لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، وعملاً بأحكام المادة ١٧٤ من قانون أصول المحاكمات الحقوقية طالما انه غير ممنوع بالقانون او بنظام خاص أو مخل بالآداب أو النظام العام أو مخالف للقواعد والاحكام المتعلقة بالاحوال الشخصية ·

وحيث ان البند الرابع من العقد لا يلزم المستأنف عليه بالتحقق من اخلال المستأنفة أو الجهة المكفول لها بالعقد كي يتبين ما اذا كانت الجهة المكفول لها تستحق قيمة الكفالة أم لا ، بل ان مجرد طلب الجهة المكفول لها لقيمة الكفالة منه تجعله ملزماً بدفعها اليه رغم أية معارضة من المستأنفة ما دام ان الطلب تقدمت به الجهة المكفول لها قبل انقضاء مدة الكفالة ، ويؤيد ذلك ما جاء بسند الكفالة ، ومن ثم فان هذه الأسباب غير واردة ويكون بحث محكمة البداية في حكمها المستأنف اخلال المستأنفة بالعقد غير مجد في الدعوى وتزيد منها لا مبرر له ·

---

(٢٦) تمييز حقوق ٧٥/١٢ مجموعة النقابة سنة ١٩٧٥ ص ١٢١٤ ·

وتشير الواقعة كما وردت في قرار محكمة التمييز ان عقد الشروط العامة للكفالات والموقع من الطرفين ينص على انه « من المتفق عليه بيننا انكم ـ أي المستأنف عليه غير ملزمين بأخذ موافقتنا على دفع أي مبلغ من قيمة الكفالة الى الجهة المكفول لها أو من ينوب عنها وغير ملزمين باشعارنا قبل الدفع ، بل ان مجرد الطلب يخولكم حق دفعها دون تدقيق لحسابات هذه الجهة أو معرفة حقيقة طلباتها منا أو ترتيب بدل الكفالة بذمتنا ، ونسقط حقنا من الآن في الاعتراض على دفعكم أي مبلغ او مصروف سواء كان قبل استحقاق الكفالة أو قبل طلب دفعها أو بعده وعلى تنفيذكم ذلك بدون موافقتنا أو بدون اشعاركم ايانا مستقبلا » وكان قرار محكمة الاستئناف الذي تأيد من محكمة التمييز قضى بالقول :

« هذه العبارة واضح من مدلولها في ان الطرفين المتعاقدين المستأنف عليه والمستأنفة قد ارتضيا بان يدفع المستأنف عليه قيمة الكفالة الى الجهة المكفول لها بمجرد طلبها ذلك دون ان يكون ملزماً قبل ذلك بالتحقيق فيما اذا كانت قيمة الكفالة مشغولة بها ذمة المستأنفة أم لا .

وبغض النظر عن أية علاقة تعاقدية بين المستأنفة وبين الجهة المكفول لها ترتب عليها تكليف المستأنفة للمستأنف عليه بضمانها بحدود المبلغ المتفق عليه للجهة المكفول لها .

وحيث ان الاتفاق على ما ورد في البند الرابع المذكور يعتبر ملزماً للطرفين المتعاقدين تطبيقاً لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين وعملاً بأحكام المادة ١٧٤ من قانون أصول المحاكمات الحقوقية طالما انه غير ممنوع بالقانون أو بنظام خاص أو مخل بالآداب أو النظام العام أو مخالف للقواعد والاحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية ، وحيث ان البند الرابع من العقد د/٢ لا يلزم المستأنف عليه بالتحقق من اخلال المستأنفة أو الجهة المكفول لها بالعقد المبرز م/٣ كي يتبين فيما اذا كانت الجهة المكفول لها تستحق قيمة الكفالة أم لا ، بل ان مجرد طلب الجهة المكفول لها لقيمة الكفالة منه تجعله ملزماً بدفعها اليه رغم أية معارضة من المستأنفة ما دام ان الطلب تقدمت به الجهة المكفول لها قبل انقضاء مدة الكفالة ويؤيد ذلك ما جاء بسند الكفالة المبرز م/١ ، ومن ثم فان هذه الأسباب غير واردة

ويكون بحث محكمة البداية في حكمها المستأنف الخلال المستأنفة بالعقد مبرز م/٣ أمرا غير مجد في الدعوى وتزيدا منها لا مبرر له »(٢٧) .

أما التوجه القضائي الحديث فيظهر في عدة قرارات اصدرتها محكمة التمييز عام ١٩٨٩ حيث ورد في أحدها ما نصه « وخطاب الضمان له خصائص وشروط لم تتوفر لهذه الكفالة ، **أولها** ان يكون التزام البنك أو المؤسسة المالية الذي يصدر الكفالة مستقلا عن التزام عميله المكفول ، وان يكون لهذا الخطاب كفايته الذاتية فلا يرتبط استحقاق المبلغ الوارد فيه بعنصر خارجي عنه وان يكون المبلغ الثابت به مستحقاً فور اصدار الخطاب ووصوله الى علم المستفيد منه »(٢٨) .

وبهذا التوجه لدى القضاء الاردني يكون أمر التمييز بين الكفالة المصرفية وخطاب الضمان مؤكدا ، سيما واظهر هذا التوجه الخصائص التي تمتاز بها خطابات الضمان في انها غير معلقة على شرط ومستحقه الاداء غب الاطلاع(٢٩) .

وهكذا فانه لا يبقى الا الاعتراف بالفرق فيما بين الكفالة المصرفية وخطابات الضمان على نحو تظهر بوضوح آثار كل منهما بما يؤدي الى استقرار الاحكام القضائية بهذا الخصوص وما يبعث على الاطمئنان لدى المؤسسات المالية والبنوك والمتعاملين معها ويؤدي الى حفز المشرع لتنظيم أحكام الكفالات المصرفية وخطابات الضمان بنصوص قانونية تلائم التطور الاقتصادي والعمل المصرفي .

---

(٢٧) المرجع السابق ، نفس الموضع .

(٢٨) انظر تمييز حقوق ٨٩/١٠٣٨ مجلة نقابة المحامين السنة ٣٩ ص ١٣٥٣ وتمييز حقوق ٨٩/١٠٦٠ مجلة نقابة المحامين السنة ٣٩ ص ١٣٧٩ وورد فيه : اذا كانت الكفالات التي طلب وكيل المدعين وقف صرفها ليست كفالات عادية وانما هي خطابات ضمان غير معلقة على شرط وتستحق الاداء غب الاطلاع فيكون ادعاء المميز بان هذه الكفالات هي كفالات عادية خاضعة لاحكام الكفالة المنصوص عليها في القانون المدني ادعاء لا يستند الى أساس قانوني سليم .

(٢٩) انظر تمييز حقوق . المرجع السابق ذات الموضع . وتمييز حقوق رقم ٨٧/١٩٧٠ مجلة نقابة المحامين السنة ٣٨ ص ١٤٠٠ .

المطلب الثالث

موقف التشريع من خطابات الضمان المصرفية

٨٩ـ قلة من التشريعات نظمت موضوع خطابات الضمان في نصوص قانونية ، وهذه التشريعات ضمنت قوانينها الباحثة في عمليات البنوك والتجارة نصوصاً تعد القواعد الأساسية لخطابات الضمان . وسنتعرف من خلال هذه النصوص على تلك القواعد بعد محاولة الوقوف على أسباب رفض المشرع لدى بعض الدول معالجة موضوع خطابات الضمان من خلال النصوص القانونية .

وسيكون حديثنا في هذا المجال عن القانون الفرنسي والقانون المصري والقانون الأردني كأمثلة لم يتطرق المشرع في هذه القوانين الى موضوع خطابات الضمان في النصوص القانونية ، كما نناقش القانونين العراقي والكويتي كأمثلة للقوانين التي تضمنت أحكاماً تتعلق بخطابات الضمان ، ونستعرض مشروع القواعد الموحدة الذي وضعته غرفة التجارة الدولية في باريس[1] .

٩٠ـ القانون الفرنسي :

لا يزال هناك فراغ قانوني في الموسوعة التجارية الفرنسية والقوانين الباحثة في التجارة الداخلية والخارجية بشأن خطابات الضمان ، وهذا الفراغ مرده ان المشرع الفرنسي لم يحاول مناقشة ما تنبه اليه الفقه

---

(١) انظر قانون التجارة العماني رقم ٥٥ لسنة ١٩٩٠ وتضمن في المواد ٣٩٢ ـ ٣٩٧ احكاماً منظم عملية اصدار خطاب الضمان ، وعرفت المادة ٣٩٢ خطاب الضمان بانه « تعهد يصدر من بنك بناء على طلب عميل له (الآمر) بدفع مبلغ معين او قابل للتعيين لشخص آخر (المستفيد) دون قيد أو شرط اذا طلب منه ذلك خلال المدة المعينة في الخطاب ويوضح في الخطاب الغرض الذي صدر من أجله » . نظم المشرع العماني في النصوص التالية غطاء الخطاب ، واستقلال الالتزام فيه والرجوع على العميل (الآمر) .

والقضاء بشأن اختلاف الكفالة عن خطابات الضمان خصوصاً بعد ان أصبح الأمر واضحاً عندما صدرقانون الصفقات العمومية الذي تضمن ان الكفالة المصرفية المطلوب تقديمها ذات خصائص تميزها عن الكفالة في مفهومها الوارد في القانون المدني ٠

وقانون الصفقات العمومية الفرنسي صدر نتيجة الحاجة اليه بعد ان اتسع نطاق استخدام خطابات الضمان المصرفية الذي انحصر في بداية الأمر في مجال عمليات التجارة الدولية ليشمل مجالات استخدامه في العقود الداخلية ، وتضمن نص المادة ١٤٤ « ان الوفاء يجب ان يتم عند أول مطالبة من الادارة المتعاقدة وبدون ان يكون للكفيل تأجيل الوفاء أو ابداء اعتراضات لأي سبب من الأسباب » ٠

وهذا القانون رغم انه استعمل لفظ الكفالة في المادتين ١٢٥ و ١٣١ الا ان الخصائص التي حددها للكفالة المطلوب تقديمها بانها ذات طبيعة مستقلة ، تجعل هذه الكفالة ذات طبيعة تختلف عن طبيعة الكفالة الواردة احكامها في القانون المدني وهي في واقع الحال خطاب الضمان[٢] ٠

٩١- القانون المصري :

استقر التنظيم القانوني لخطابات الضمان في مصر نتيجة الكتابات الكثيرة التي ناقش فيها الفقه والقضاء موضوعها ويمكن القول ان تراخي المشرع المصري عن تنظيم هذا النشاط المصرفي الهام يعد من جانبه محاولة لاطلاق يد البنوك في تنظيم هذه العملية على نحو يمكنه من معرفة ما سوف يستقر عليه ، ولا يعتبر تجاهل المشرع لهذه الناحية فيه قصد

---

(٢) انظر في نص المادة ١٤٤ من قانون الصفقات العمومية الفرنسي ووردت كما يلي :
(... Ce Versemement est Fait Sur 1, order de 1 administration Contractante, et Cela Sans que Ia Caution Puisse differer Le Paiement ou Soulever de Contestation Pour quelque motif que Ce Soit).

من جهته لان آراء الفقه وأحكام القضاء سدت النقص في مجالات استخدام هـذا النوع مـن النشاط المصرفي وحددت طبيعته وأساسه القانوني وأحكامه(٣) .

ويلاحظ ان التوجه نحو تنظيم قانوني مدون لخطابات الضمان بدأ يظهر بعد ان تم وضع مشروع القانون التجاري المصري الجديد عام ١٩٦٤ والذي تضمن تنظيماً مفصلاً للقواعد التي تحكم علاقات اطراف خطابات الضمان عندما نص على عمليات البنوك بأنواعها المتعددة .

وعرف المشروع في المادة ٣٠١ منه خطاب الضمان بأنه « تعهد بات يصدر من المصرف بناء على طلب شخص يسمى الآمر بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين بمجرد ان يطلب المستفيد ذلك » .

٩٢ـ القانون الأردني :

نظم المشرع الأردني في قانون التجارة رقم ١٢ لسنة ١٩٦٦ أحكام التجارة والتجـار والمؤسسات التجارية وتصدى بالحديث عـن العقـود التجارية ، وأفرد الباب الخامس لتنظيم عقد الحساب الجاري ، واثناء تنظيم أحكام الحساب الجاري ، بين المشرع أحكام الوديعة واجارة الصناديق الحديدية وعقود فتح الاعتماد المالي ، ونص في المادة ١٢٢ على ان العمليات غير المذكورة في هذا الباب تخضع لاحكام القانون المدني المختصة بالعقود المختلفة (الناجمة عن العمليات المذكورة أو العقود التي تتصف بها هذه العمليات) .

وهكذا نجد ان المشرع الأردني لم يأت على ذكر خطابات الضمان . ذلك ان المشرع عند وضع قانون التجارة لم يكن قد وضح أمامه عملية مصرفية كالتي يطلق عليها اليوم خطابات الضمان ، كما ان فطنه المشرع

---

(٣) كان لمعهد الدراسات المصرفية المصري دور هام في القاء الضوء على موضوع خطابات الضمان نتيجة المحاضرات التي القيت فيه .

انذاك دفعت به الى عدم تنظيم أحكام العمليات المصرفية التي لم يرد ذكرها ، لتبقى خاضعة لاحكام القانون المدني ؛ وهو الأساس الذي اعتمده القضاء أعمالا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين ، قبل ان يتجه نحو الاعتراف لخطابات الضمان بالاستقلال بما يميزها عن الكفالات المصرفية . ولعلي اؤيد عدم تقنين أحكام خطابات الضمان في الوقت الحاضر ، بانتظار ما يمكن ان يستقر عليه التعامل فيما بين اطراف هذه العملية وأيضاً ما سوف يستقر عليه العرف المصرفي في هذا المجال .

٩٣ـ القانون العراقي :

نظم المشرع العراقي خطاب الضمان في نصوص قانون التجارة رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ ووردت أحكامه في الفصل الثاني الباحث في العمليات المصرفية وخصص الفرع السابع في المواد ٢٨٧ ـ ٢٩٣ للحديث عن خطاب الضمان .

وعرفه في المادة ٢٨٧ بانه « تعهد يصدر من مصرف بناء على طلب أحد المتعاملين معه (الآمر) بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين لشخص آخر (المستفيد) دون قيد أو شرط اذا طلب منه ذلك خلال المدة المعينة في الخطاب ، ويحدد في خطاب الضمان الغرض الذي صدر من أجله » وحدد المشرع بهذا التعريف اطراف الخطاب ووظيفته وطبيعته وخصائصه وبين في المادتين ٢٨٨ و ٢٨٩ ما يتعلق بغطاء خطاب الضمان والضمانات التي يقدمها الآمر ، وان الخطاب شخصي ليس للمستفيد ان يتنازل عن حقه الثابت فيه الا بموافقة المصرف الذي أصدره ، ونص على ذلك بانه « لا يجوز للمستفيد التنازل عن حقه الناشيء عن خطاب الضمان الى الغير الا بموافقة المصرف » .

وتضمن القانون نصاً يصف الالتزام الناشيء عن خطاب الضمان بانه مستقل عندما ورد حكم المادة ٢٩٠ يقرر بانه « لا يجوز للمصرف ان يرفض الاداء للمستفيد بسبب يرجع الى علاقة المصرف بالآمر أو المستفيد أو الى علاقة الآمر بالمستفيد » .

كما تضمن نصاً يقرر ان خطاب الضمان ذو مدة محددة تبرأ ذمة البنك بانقضائها دون مطالبة المستفيد دفع قيمته ، وورد النص على النحو التالي « تبرأ ذمة المصرف تجاه المستفيد اذا لم يصله خلال مدة سريان خطاب الضمان طلب من المستفيد بالدفع الا اذا اتفق صراحة قبل انتهاء هذه المدة على تجديدها »[٤] ٠

٩٤ـ القانون الكويتي :

نظم قانون التجارة الكويتي في المواد ٣٨٢ ـ ٣٨٧ علاقات اطراف عملية خطاب الضمان بعد ان عرفه بانه « تعهد يصدر من بنك بناء على طلب عميل له (الآمر) بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين لشخص آخر (المستفيد) دون قيد أو شرط اذا طلب منه ذلك خلال المدة المعينة في الخطاب ، ويوضح في خطاب الضمان الغرض الذي صدر من أجله » ٠

وهذا التعريف يكاد يكون حرفياً بالنسبة للقانون العراقي كما ان باقي النصوص الباحثة في اطراف عملية خطاب الضمان واستقلال التزام البنك عن العلاقة فيما بينه وبين الآمر أو المستفيد أو العلاقة فيما بين الآمر والمستفيد ، تشبه كثيراً النصوص التي وردت في القانون العراقي وهي في مجملها تردد الأحكام الواردة في هذا الأخير ، لذلك لا داعي لتكرار الحديث ٠

٩٥ـ مشروع القواعد الموحدة لخطابات الضمان كما أعدته غرفة التجارة الدولية :

أعدت غرفة التجارة الدولية مشروعاً ضمنته قواعد تنظيم الضمانات في العقود (uniform Rules for Cantract Guarantees) في أربع وثلاثين مادة تحدثت **الأولى** عن نطاق تطبيق القواعد ، **والثانية** عرفت الضمان ، وتحدثت باقي نصوص القواعد عن طبيعة خطابات الضمان

---

(٤) انظر قانون التجارة العراقي والنصوص الباحثة في خطاب الضمان ٠ الوقائع العراقية ، الجريدة الرسمية للجمهورية العراقية ٠ العدد ٢٩٨٧ ٠ الثاني من نيسان ١٩٨٤ السنة ٢٦ ٠ وانظر قانون التجارة العماني رقم ٥٥ لسنة ١٩٩٠ ٠

ومسؤولية البنك وموعد مطالبة المستفيد وشروط الضمان بصفة عامة وأحكام انقضاء الضمان ، ونتصدى في الحديث عن هذه القواعد لبعض النصوص التي نظمت خطاب الضمان من حيث تعريفه واطرافه ومسؤولية مصدره وطبيعة الخطاب وانقضاؤه .

وورد تعبير خطاب الضمان كواحد من مصطلحات التجارة الدولية ضمن القواعد التي وضعتها غرفة التجارة الدولية عام ١٩٥٣ (international chamber Cammerce) وهذه القواعد تسمى الانكوتيرمز (Incoterms) اختصاراً للمصطلح (international Commercial terms) مصطلحات التجارة الدولية وعرفت خطاب الضمان باعتباره يتعلق بالنقل البحري وسند الشحن بانه « تعهد يعطيه للناقل مورد البضاعة أو من يمثله في حالة وجود أية تحفظات أو ملاحظات على البضاعة ، وبموجب هذا التعهد يصدر الناقل سند الشحن نظيفاً خالياً من آية تحفظات ، وبمقتضاه يحق للناقل ان يرجع على الطرف الموقع على خطاب الضمان في حالة أية مطالبات يتقدم بها مستلم البضاعة في ميناء الوصول الذي يعتبر من الغير في هذا الخصوص ولا يسري في مواجهته هذا الخطاب » .

ونحن نجد في هذا التعريف ابتعاداً عن مضمون خطاب الضمان الذي حددنا الحديث عنه في هذه الدراسة ، ولعل سبب هذا الابتعاد هو ان تعريف خطاب الضمان في هذه المصطلحات جاء بخصوص عقود النقل البحري مما جعله قاصراً عن شمول الكثير من أنواع الضمان في هذا التعريف .

وورد تعريف مصطلح آخر من مصطلحات التجارة الدولية للغرفة وتحت عنوان خطاب الاعتماد بانه « تعهد يقدمه أحد البنوك بناء على طلب ولحساب أحد العملاء الذي قام بايداع مبلغ معين في حساب بنك آخر لصالح مستفيد معين » .

ويكون هذا المبلغ المودع قابلا للصرف منه للمستفيد ، وغير قابل للالغاء لفترة محددة من الزمن • ويقوم المستفيد بالصرف من الاعتماد عندما يستوفي الشروط المنصوص عليها في خطاب الاعتماد كتقديم مستندات معينة مذكورة على وجه التحديد بخطاب الاعتماد ، وان الدفع بموجب خطابات الاعتماد غير القابلة للالغاء هو الطريقة المعتادة المستعملة في التجارة الدولية ، وهي طريقة توفير الضمان للطرفين المتعاقدين (البائع والمشتري) •

فهي بالنسبة للمشتري فانه يطمئن الى ان نقوده لن تدفع الى البائع الا بعد ان يتأكد البنك من ان البائع قد قام بتسليم البضاعة تسليماً صحيحاً •

وهي بالنسبة للبائع فانه يطمئن الى انه يحصل على المبلغ المودع لصالحه بالكامل بمجرد قيامه بتسليم البضاعة وتقديم المستندات الدالة على ذلك والمنصوص عليها في خطاب الاعتماد •

على ان هذا التعريف يقترب من خطاب الضمان من جانب ويبتعد عنه في جانب آخر ، ولعل بعده عن خطاب الضمان يجعله قريبا من الاعتماد المستندي •

وكما ذكرنا في السابق فان الاعتماد قد ينطوي على عدة عمليات يقوم بها المصرف من بينها خطاب الضمان والاعتماد المستندي(٥) على ان المشروع الجديد الذي وضعته غرفة التجارة الدولية بشأن القواعد المتعلقة بخطابات الضمان فهو بالاضافة الى انه تصدى الى موضوع نطاق استخدام الخطاب من حيث انطباق أحكامه على أي ضمان أو تعويض أو تأمين أو أي تعهد

---

(٥) انظر تفصيلا د• مختار السويفي : مصطلحات النقل البحري والتجارة الخارجية ط ١٩٨٣ وايضاً

Carleeno, Loughlin : the Economics of sea transport.

ترجمة الدكتور مختار السويفي •

مشابه ، فان تعريفه جاء بالمعنى الذي يقترب به كثيراً من التعريفات التي ساقها الفقه والقضاء ٠

ونصت المادة الثانية من المشروع على ان « ضمان العطاء يعني تعهداً يعطى بواسطة بنك أو شركة تأمين أو طرف آخر (الضمان) بناء على طلب مقدم عطاء (الأصيل) ومغطي بناء على تعليمات بنك أو شركة تأمين أو طرف آخر طلب اليه ذلك بواسطة الأصيل (الطرف معطي التعليمات) الى طرف داع الى تقديم العطاءات (المستفيد) بمقتضاه يتعهد الضامن في حالة اخفاق الأصيل في الالتزامات الناشئة عن تقديم العطاء بان يدفع الى المستفيد في حدود مبلغ معين من النقود »(٦) ٠

ومن هذه التعريفات يمكن استظهار طبيعة خطاب الضمان في انه نهائي وبات وانه مستقل ويتعهد بموجبه الضامن دفع مبلغ معين الى المستفيد ، وهو ما آكدته الفقرة ب من المادة الأولى عندما تحدثت عن الضمان النهائي الصادر عن البنك أو شركة التأمين لغايات تأمين توريد البضائع أو القيام بخدمات معينة ، والفقرة جـ الباحثة في ضمان الدفعات المقدمـــة ٠

وبشأن استقلال التزام البنك عن الالتزام الأصلي فورد الحديث عنه في المادة الرابعة من مشروع القواعد الموحدة في ان خطابات الضمان تعهدات غير قابلة للرجوع فيها ومنفصلة عن العقد والعقود التي ترتكز عليهـــا(٧) ٠

وجاء هذا النص باللغة الانجليزية على النحو التالي :

(Guarantees by theirnatur are irrevocable engagments and Separate transaction From the Contract an which they may be based and banks are in no way Concerned with or bound by such Contract, regardless of any reference whats oever to Such Contract included in a guarantees).

(٦) انظر النص باللغة الانجليزية د٠ علي جمال الدين عوض : خطابات الضمان ٠ المرجع السابق ٠ ملحق الفرع الأول ص ٢٠٩ وما بعدها ٠

(٧) انظر د٠ علي جمال الدين عوض : عمليات البنوك ٠ المرجع السابق ص ٦٢٧ ٠

وتضمنت المواد من ٧ ــ ١٢ الاحكام الباحثة في مسؤوليات الضامن سواء كان البنك أم شركة التأمين / كما تضمنت نصوص المواد من ١٣ ــ ٢٢ الاحكام الباحثة في الشروط والضمانات ، وورد الحديث عن مطالبة المستفيد للضامن في المادة ٢٣ التي حددت في فقراتها من (أ) الى (و) شروط هذه المطالبة ، وما يخرج عن طبيعة خطاب الضمان وخصائصه التي ورد الحديث عنها في السابق كما ذكرها الفقه واستقرت بشأنها أحكام القضاء ما نصت عليه الفقرة (هـ) من المادة ٢٣ من القواعد الموحدة عندما أوجبت على البنك الضامن ان يخطر الآمر بمطالبة المستفيد وورد النص كما يلي(٨) :

(A bank which was in structed by an applicant for the Issue of a guarantee shall, advice the applicant of a beneficiary's Claim by expeditions Means).

« البنك الذي كلف من آمر باصدار الضمان يجب عليه ان يخطر الآمر بمطالبة المستفيد بوسيلة سريعة » .

أما المواد ٢٤ ــ ٣٤ من القواعد فتحدثت نصوصها عن انقضاء الضمان وينقضي الالتزام بالضمان وفق هذه النصوص كما يلي :

١ ــ بانقضاء مدة معينة أو واقعة محددة أو تاريخ محدد او أية عبارة ترد في الخطاب وتدل على الانقضاء .

٢ ــ بتنازل المستفيد عن الخطاب وذلك كان يطلب الغاءه (الغاء الضمان أو التخلي عنه) .

٣ ــ انقضاء مدة التمديد التي طلبها المستفيد ووافق عليها الضامن .

---

(٨) انظر النص في مشروع القواعد الموحدة منشور في د. علي جمال الدين عوض : خطابات الضمان . المرجع السابق ص ٣١٧ .

وتضمنت المادة ٣٤ حكماً يقضي بامتداد تاريخ الضمان الى اليوم الأول الذي يلي يوم اغلاق البنك بمعنى انه اذا صادف آخر يوم في مهلة خطاب الضمان عطلة رسمية فان اليوم التالي ليوم العطلة يعتمد أساساً لنهاية المدة بحيث يستطيع المستفيد ان يطالب البنك بالدفع في ذلك اليـــوم[٩] ٠

(٩) انظر د٠ علي جمال الدين عوض : عمليات البنوك ٠ المرجع السابق ص ٦٣٥ وخطابات الضمان المصرفية ٠ المرجع السابق ٠ الملحق ٠ النص الانجليزي المادة ٣٤ ص ٣١٣ ٠

المبحث الثالث

الأساس القانوني لخطابات الضمان

٩٦ـ ما هو التكييف القانوني لخطاب الضمان ؟ ، وما هي طبيعته القانونية ؟ وخصائصه التي تميزه عن غيره ؟ من هم اطرافه ؟ هذه الأسئلة والاجابة عليها تؤدي الى معرفة الأساس القانوني لخطاب الضمان ، وسنحاول في هذا المبحث ان نرد خطاب الضمان كاحدى عمليات البنوك الى أساسه القانوني بعد مناقشة خصائص هذا الخطاب وتميزه عن غيره في المطلب الأول ، وبيان اطرافه في المطلب الثاني ، وفي المطلب الثالث سنناقش التكييف القانوني لخطاب الضمان وبيان طبيعته من الناحية القانونية .

ويجدر بالذكر ان مـا يدفعنا لتقصي الأساس القانوني لخطابات الضمان هو ذلك الدور الهام الذي تلعبه في الحياة الاقتصادية والتجارية **أولاً** ، وقلة الاحكام القضائية والابحاث الفقهية **ثانياً** ، أما السبب في ذلك فهو ان اغلب المنازعات في هذا الموضوع تعرض على هيئات التحكيم ، فضلاً عن اعتماد العرف كمصدر رئيس وهام من قبل المحاكم وهيئات التحكيم(١) .

---

(١) انظر حكم صادر عن أحدى هيئات التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية في باريس بتاريخ ١٩٨٥/٢/١٩ منشور في . د. محي الدين اسماعيل علم الدين . منصة التحكيم التجاري الدولي ط ١٩٨٦ ص ٢٠٢ . وراجع أيضاً :

H. L. Bedi. V. K. Hardikar Practical Banking advances - Delhi - 7 ed. 1986 P. 184.

المطلب الأول

الخصائص المميزة لخطابات الضمان

٩٧ـ قررنا فيما سبق ان خطاب الضمان لا يعتبر كفالة وفقاً لقواعد القانون المدني التي تجعل الكفالة عقداً تابعاً لعقد أصلي اتجهت نية الكفيل الى ضمان تنفيذه ، وانتهينا الى ان تبعية التزام الكفيل للالتزام الذي انشأه العقد الأصلي لا يمكن تصورها في خصوص الالتزام الذي انشأه خطاب الضمان بعد ان تأكد لنا اختلاف هذا الالتزام عن الالتزام في العقد الأصلي ، وهو على ما اسلفنا بالنسبة لخطاب الضمان « تعهد بدفع مبلغ من المال عند أول مطالبة ، بينما التزام المدين في الكفالة هو القيام بعمل معين » .

وهكذا نجد ان الفقه قرر ان عقد الكفالة تابع بطبيعته ولا يجوز ان يكون له محل يختلف عن موضوع الالتزام الأصلي(١) .

وفي هذا يقول الدكتور علي جمال الدين عوض ان تنظيم الكفالة كله يدور حول هذا الاعتبار الجوهري : كون التزام الكفيل تابعاً لالتزام المدين ، يدور معه في وجوده وصحته وفي مقداره الأقصى ، وفي استحقاقه ، وفي بقائه وانقضائه(٢) .

---

(١) انظر

Aubry et Rau; Cours de Droit Civil Francais tome vi; No. 423, P. 224.

Planiol et Ripert; traite pratique de Droit Civil Francais tome xi 2e edition. No. 1510, 1513et 1515.

(٢) د. علي جمال الدين عوض : عمليات البنوك . المرجع السابق ص ٥٨٦ واشار الى الفقه المصري الذي قرر هذه الحقيقة المرحوم د. عبدالرزاق السنهوري . المرحوم الدكتور محمد كامل مرسي . د. منصور مصطفى منصور . وراجع د. أحمد زكي الشيتي وفاروق غلاب : المرجع السابق ص ٥٧ ابحاث .

أما التزام البنك في خطاب الضمان والمظاهر التي تدل عليه فتوضح خصائص هذا الخطاب انه التزام أصلي ومباشر ومستقل عن التزام المديـــن ٠

وهذه الخصائص تحقق لخطاب الضمان صفة ملازمة له استقرت لصيقه به بعد ان تعارف عليها العمل المصرفي وهي ، **ان خطاب الضمان اصلح للمستفيد الدائن من الكفالة** ، وهذه الصفة في الخطاب كانت الغاية التي سعى لتحقيقها العمل المصرفي ، وفعلاً استقر العرف والقضاء على خصائص لا تتحقق الغاية من خطاب الضمان الا بتوافرها فيه ونستعرض خصائص خطاب الضمان في البنود التالية :

٩٨- أولاً - استقلال الالتزام في خطاب الضمان :

نعني باستقلال الالتزام في خطاب الضمان الاختلاف فيما بين هذا الالتزام والتزام الكفيل في عقد الكفالة ، وهذا الاختلاف معناه انفصال الالتزام الناشيء عن خطاب الضمان واستقلاله عن كل علاقة أخـرى ، بما يعني انه يمتنع على البنك الذي التزم بموجب خطاب ضمان أصدره لصالح المستفيد بناء على طلب عميل له التذرع بأي سبب يؤدي الى عدم دفع قيمة الخطاب للمستفيد اذا طالب بذلك ضمن المدة المحددة فيه ، ويعد ذلك أحد مظاهر استقلال التزام البنك ، ومن نتائجه الوفاء الفوري رغم أية معارضة يبديها عميل البنك ويسأل البنك الذي يمتنع أو يتراخى في دفع قيمة خطاب الضمان ، لان حبس قيمة الخطاب لا تستند الى أي أساس قانوني(٣) ٠

---

(٣) انظر د٠ رضا عبيد : المرجع السابق ص ٦٤٧ ويقول « انه يمكن للمستفيد مطالبة البنك بالتعويض لو تأخر في دفع قيمة الخطاب حتى ولو لم يثبت الضرر اذ يفترض الضرر لمجرد عدم مبادرة البنك بالدفع لدى الطلب أو وفقاً لشروط الخطاب ، كما ان مماطلة البنك في الصرف قد يضعه في موقف الشخص سيء النية بما يعني زيادة قيمة التعويضات التي يحكم بها عليه » ٠

وقضت محكمة النقض المصرية بأن « البنك في التزامه بخطاب الضمان انما يلتزم بصفته المدين الأصلي في مواجهة المستفيد ، لا بوصف كونه نائباً عن عميله ، فاذا قام البنك بصرف مبلغ الضمان للمستفيد فانه ليس للعميل ان يتحدى بوجوب اعذاره هو قبل صرف مبلغ التعويض المبين في خطاب الضمان »[٤] واستقر القضاء في تونس ومصر على ان التزام البنك بالوفاء للمستفيد التزام أصيل وليس بالوكالة عن العميل ، وان علاقة البنك بالمستفيد الذي صدر خطاب الضمان لصالحه هي علاقة منفصلة عن علاقته بالعميل ، وان البنك يلتزم بمجرد اصدار خطاب الضمان ووصوله الى المستفيد وان المبلغ الذي يطالب به الأخير باعتباره حقا له يحكمه خطاب الضمان ما دام في حدود التزام البنك مصدر الخطـــاب[٥] ٠

وهكذا فان الطابع الأصلي الاستقلالي لخطاب الضمان يعد بحق الفارق الجوهري بينه وبين الكفالة المصرفية ، ويستدل على هذا الطابع من عدة مظاهر ٠

أولها كون الالتزام مجرداً (abstrait) عن أية علاقة سابقة سواء علاقة البنك بعميله الآمر أو علاقة هذا الأخير بالمستفيد ٠

وثانيها عندما يكون التزام البنك مباشراً بما يعني ان البنك يلتزم وفاء مبلغ الخطاب للمستفيد متى طلب الأخير ذلك ، وليس للبنك التراخي في الوفاء بمقولة سؤال عميله أو اعذاره ٠

---

(٤) نقض مصري ٠ الطعن ٣٧٠ السنة ٢٩ جلسة ١٩٦٤/٥/١٤ س ١٥ ص ٦٩١ ٠
والطعن ٤١٤ سنة ٢١ جلسة ١٩٥٤/٤/١٥ مجموعة ٢٥ عاماً بند ١ ص ٢٢٠ ٠
الطعنان ١٠٦ سنة ٣٧ ق و ١١ سنة ٤٠ : جلسة ١٩٧٣/٣/١٤ س ٢٣ ص ٤٠١ ٠

(٥) انظر مجموعة أحكام صادرة عن محكمة النقض المصرية وتتعلق بخطاب الضمان واستقلال الالتزام الناشيء عنه ٠ د٠ أحمد حسني : المرجع السابق ص ٢١٧ وما بعدها ٠
وراجع د٠ حياة شحاته : المرجع السابق ص ٣٢٨ ٠

وثالثها ان يكون التزام البنك في خطاب الضمان باتا (نهائياً) بمعنى ان البنك لا يمكنه الرجوع عن تعهده الصادر بموجب الخطاب ولا رفض الوفاء بالمبلغ عند الطلب ٠

وبالنسبة للمظهر الأول من المظاهر السالفة فانه يترتب على كون التزام البنك في خطاب الضمان مجرداً انه لا يجوز للبنك ان يتمسك في مواجهة المستفيد بأية دفوع مستمدة من علاقته بعميله ، كان يمتنع عن الوفاء بحجة ان عميله لم يقدم غطاء خطاب الضمان ، ومن جهة ثانية لا يجوز للبنك ان يتمسك في مواجهة المستفيد بأية دفوع مستمدة من علاقه هذا الأخير بالعميل ، كان يمتنع عن الوفاء بحجة ان العقد قد فسخ أو لسبب الدفع بعدم التنفيذ أو اخلال المدين بالتزامه في مواجهة المستفيد(٦) ٠

أما بالنسبة للمظهر الثاني من المظاهر فيترتب على كون التزام البنك في خطابات الضمان التزاماً مباشراً هو ان هذا الالتزام منبت الصلة عن العلاقات السابقة عليه ، بما يعني ان البنك اذا دفع مبلغ الخطاب للمستفيد فانه لا يقوم بذلك بصفته نائباً أو ممثلاً لعميله بل بصفته ملتزما في مواجهة المستفيد كمدين ، وهذا ما يؤكد المظهر الأول بان التزام البنك في خطاب الضمان غير تابع لغيره بل هو مستقل وواجب التنفيذ بمجرد صدور الطلب من المستفيد ، ورغم أية معارضة من العميل ٠

---

(٦) انظر د٠ محسن شفيق : القانون التجاري جزء ٢ ط ١٩٦٨ فقرة ٥٤٧ ويقول في ذلك « ولما كان التزام البنك قبل المستفيد مستقلا عن التزام العميل قبل المستفيد فان الكفالة المصرفية التي يحققها خطاب الضمان تختلف في جوهرها عن الكفالة العادية التي ينظمها القانون المدني على أساس تبعية التزام الكفيل لالتزام المكفول صحة وبطلاناً ووجوداً وعدما ٠

فالتزام البنك ليس تابعاً لالتزام العميل ، وانما هو التزام قائم بذاته يوجب على البنك الاداء ولو ابطل التزام العميل قبل المستفيد أو فسخ ، وشان العميل بعد ذلك والمستفيد يقاضيه لاسترداد ما قبضه من البنك بدون وجه حق ٠ ومن الواضح ان كل رأي أو تفسير يهدف الى ربط التزام البنك بالتزام العميل أو الى اقامة علاقة السببية بينهما ينبغي ان يستبعد لانه يقوض خطابات الضمان من أساسها ويقضي على الفائدة المرجوة فيها » ٠

وأكد القضاء الفرنسي والمصري هذا المظهر لخطاب الضمان بالقول « انه وان صدر الخطاب تنفيذاً للعقد المبرم بين البنك والمدين المتعامل معه الا ان علاقة البنك بالمستفيد الذي صدر خطاب الضمان لصالحه هي علاقة منفصلة عن علاقته بالعميل ، ويلتزم البنك بمقتضى خطاب الضمان وبمجرد اصداره ووصوله الى المستفيد بوفاء المبلغ الذي حدده الخطاب باعتباره حقاً للمستفيد يحكمه الخطاب »(٧) .

أما بالنسبة للمظهر الثالث من المظاهر فيترتب على كون التزام البنك في خطاب الضمان باتاً ونهائياً ان هذا الالتزام يعتبر تلقائياً في مواجهة المستفيد على نحو يمكن لهذا الأخير الحصول على مبلغ الخطاب بمجرد تقديم طلب الى البنك لدفع قيمته .

وتفسير ذلك ان الضامن عندما يصدر عنه خطاب الضمان يصبح ملتزماً بما تعهد وفاءه منذ وصول الخطاب الى علم المستفيد وعدم رفضه له ، ولا يكون للبنك بعد ذلك الرجوع في الخطاب أو تعديله أو الامتناع عن الوفاء به لأي سبب من الأسباب حتى ولو اعترض العميل(٨) .

وعلى اساس ما تقدم فانه لا يتوقف الوفاء بمبلغ خطاب الضمان الى المستفيد اذا طالبه به اثناء المدة المحددة فيه على إخلال المدين بالتزامه ولا على حلول الأجل المحدد لتنفيذ الالتزام دون التنفيذ ، ولا على موافقة العميل .

وقضت محكمة النقض المصرية في حكم حديث لها بالقول « انه لما كان الأصل في خطاب الضمان الا يتوقف الوفاء به على واقعة خارجية عنه ولا على تحقق شرط ولا حلول أجل ، ولا يغير من ذلك أنه يرتبط لتنفيذه بواقعه ترجع الى المستفيد من خطاب الضمان ... الخ » .

---

(٧) انظر : نقض مصري رقم ٦٤٨ لسنة ٤٨ ق جلسة ١٢ نيسان ١٩٨٢ مشار اليه في د. بضراني نجاة : المرجع السابق ص ٥٨٦ هامش ٢ وراجع :
Trib. grande inst. Paris, 13 mai 1980 Précité.

(٨) نقض مصري جلسة ١٩٨٥/١٢/٣٠ مشار اليه في د. علي جمال الدين عوض : عمليات البنوك . المرجع السابق ص ٥٩٤ .

وقضت كذلك بانه « اذا ما أصدر البنك خطاب ضمان لكفالة عميله ، فان علاقة البنك والشروط التي تربطه يحكمها هذا الخطاب وحده ، وعبارته هي التي تحدد التزام البنك والشروط التي يدفع بمقتضاها ، حتى اذا ما طولب بالوفاء في اثناء سريان أجل الضمان وتحققت الشروط وقدمت اليها المستندات المحددة في الخطاب وجب عليه الدفع فوراً »(٩) ٠

٩٩ـ ثانياً ـ الالتزام في خطاب الضمان موضوعة الوفاء بمبلغ من النقود خلال مدة محددة :

وهذا الالتزام يتميز به خطاب الضمان عن الكفالة المصرفية لان التزام البنك في خطاب الضمان يكون دائماً مبلغاً من النقود معيناً أو قابلاً للتعيين ، وهو محل خطاب الضمان الذي لو كان غير ذلك « كأن يكون التزاماً لضمان الوفاء » لأصبح الموضوع عقد كفالة عادية يرتبط بواقعة خارجية ، وهو ما تاباه طبيعة خطابات الضمان المصرفية ٠

وهذه الخصيصة لخطاب الضمان تميزه عن الكفالة المصرفية التي يتعهد بموجبها الكفيل تنفيذ الالتزام اذا تخلف المدين به عن تنفيذه ، كما تميزه أيضاً عن التعهدات التي تصدرها بعض الشركات وتضمن بموجبها تنفيذ التزام المدين (Performance Bond) .

أما لجهة المدة فخطاب الضمان يمتاز بالفورية كخصيصة ملازمة له ، لان المستفيد بقبوله لخطاب الضمان يتمتع بميزة السداد الفوري ، وعلى ذلك يدفع البنك مبلغ الخطاب اذا طلب منه دون مناقشة للمستفيد في مدى قيامه بتنفيذ التزاماته قبل العميل الا اذا كان خطاب الضمان مشروطاً أي نص على عدم الدفع الا عند تحقق شرط معين ٠

---

(٩) نقض مصري ٠ جلسة ١٩٨٠/١٢/٢٢ المرجع السابق ص ٥٩٦ ٠ وانظر حكم محكمة التحكيم في غرفة التجارة الدولية الصادر بتاريخ ١٩٨٥/٢/١٩ وورد فيه « ان التجارة الدولية تحتاج الى تشجيع الاطراف على صياغة شروطهم بوضوح » ويتعين أن يكون خطاب الضمان غير مشروط ونهائي
(An unconditional irrevocable Performance guarantee).

وعلى هذا الأساس لا يستحق خطاب الضمان في تاريخ لاحق لاصداره بما يعني انه مستحق الاداء فور صدوره ، وتبقى صلاحية مدة استحقاقه مقرونه بمدة الخطاب ذاته ، ولا يعتبر التاريخ المذكور في الخطاب أجلا لاستحقاقه(١٠) بل هو الحد الأقصى لسريانه ، ومعنى ذلك ان البنك يلتزم دفع المبلغ المحدد في الخطاب خلال المدة المحددة فيه اذا طالب المستفيد بذلك ، وانه اذا طالب المستفيد البنك دفع مبلغ الخطاب بعد انقضاء المدة فلا يلتفت الى مطالبته .

وجرى العرف المصرفي ان لا يطالب المستفيد بمبلغ الخطاب الا بأقرب وقت الى نهاية أجله ،ومع ذلك فمن الجائز الاتفاق على عدم صرف مبلغ الخطاب الذي اقترب أجل انقضائه ، على أساس ان يمتد هذا الأجل ، وبهذه الحالة يتفق المستفيد والعميل على تمديد مدة صلاحية خطاب الضمان ، ويقوم العميل بدوره بالطلب الى البنك لابلاغ المستفيد تمديد مدة الخطاب(١١) .

وليس من حق البنك تمديد أجل خطاب الضمان دون الرجوع الى العميل ولا يمكنه الاحتجاج في وجه العميل بانه كان فضولياً عند التمديد ، ولا نرى كما رأى بعض الفقه ان البنك الذي مد أجل خطاب الضمان

---

(١٠) يتضمن الخطاب في عباراته ان مدة صلاحيته تنتهي بتاريخ معين كان يقال « أتعهد بدفع مبلغ ... خلال مدة تنتهي بتاريخ ١٩٩٠/١٢/٣١ » وهذا التاريخ ينقضي به التزام البنك وتبرأ ذمته ، اما قبل هذا التاريخ والى الوقت الذي صدر به الخطاب فتعتبر هي المدة الواجب مطالبة البنك بمبلغ خطاب الضمان اثناءها .

(١١) لا ينفرد البنك بمد أجل خطاب الضمان دون الرجوع الى عميله لانه لو فعل ذلك دون أمر من العميل كانما يتصرف على مسؤوليته ، ولن يكون باستطاعته الرجوع على العميل ، انظر نقض مصري الطعن ٩١١ لسنة ٤٧ ق جلسة ١٩٧٩/١٢/٣١ ، الطعن رقم ١٥٩ لسنة ٤٦ ق جلسة ١٩٨٠/٢/١١ والطعن رقم ٤٩ ق جلسة ١٩٨٠/١٢/٢٢ وقررت محكمة النقض انه « من المقرر انه وان كان البنك مصدر خطاب الضمان يلتزم بسداد قيمته الى المستفيد بمجرد مطالبته بذلك اثناء سريان أجله دون حاجة الى الحصول على موافقة العميل ، الا انه لا يسوغ للبنك مد أجل خطاب الضمان الا بموافقة العميل » .

يمكنه اذا دفع قيمته للمستفيد ان يرجع بما دفع على العميل ، لان تصرف الفضولي وفق الشروط التي تضمنتها الاحكام الباحثة في هذا الشأن في القانون المدني لا تنطبق بتاتاً على تصرف البنك بمد أجل خطاب الضمان ٠

وذهبت محكمة النقض المصرية في هذا الأمر الى رفض الطعن الذي تقدم به البنك على أساس ان من حقه مد أجل خطاب الضمان تلقائياً دون موافقة العميل طبقاً لاحكام الفضالة(١٢) وقالت المحكمة « ٠٠٠ وحيث ان هذا النعي غير سديد ، ذلك لانه وان كان البنك مصدر خطاب الضمان يلتزم بسداد قيمته الى المستفيد بمجرد مطالبته بذلك اثناء سريان أجله دون حاجة الى الحصول على موافقة العميل ، الا انه لا يسوغ للبنك مد أجل خطاب الضمان الا بموافقة العميل ٠٠٠ »(١٣) ٠

١٠٠ـ ثالثاً ـ خطاب الضمان ذو كفاية ذاتية :

الكفاية الذاتية احدى خصائص الأوراق التجارية ، وتعني ان السند الذي يمتاز بها لا يحتاج حامله لاثبات حقه فيه الى غير ذاك السند ، أي ان هذا السند يكفي بحد ذاته بما يتضمنه من البيانات للحكم على أساسه بما تضمنه ٠

واذا كانت الأوراق التجارية تمتاز بهذه الخصيصة لابقاء الثقة فيها وتشجيع الأشخاص على الاقدام على التعامل بها وقبولها ، فان علة وجود هذه الخصيصة في الأوراق التجارية تماثل العلة في خطاب الضمان الذي أراد له المتعاملون به ان يكون كافياً بحد ذاته لاثبات الحق الثابت به من خلال بيانات تضمنها دونما استعانة بما يخرج عنها من مستندات أو أوراق أو وقائع ٠

---

(١٢) انظر في الرأي الذي يقرر للبنك الرجوع بدعوى الفضالة ٠ د٠ علي جمال الدين عوض : عمليات البنوك ٠ المرجع السابق ص ٤٩٢ ٠
د٠ سميحة القليوبي : القانون التجاري ط ١٩٨٦ ص ١١٣ ٠

(١٣) نقض مصري الطعن رقم ٩١١ لسنة ٤٧ جلسة ١٩٧٩/١٢/٣١ ٠

وهكذا فان الخطاب الذي يصدره البنك بناء على طلب عميله لصالح شخص آخر يسمى المستفيد يتعهد بموجبه البنك ان يدفع الى هذا الأخير خلال مدة محدودة مبلغاً أو قابلاً للتعيين ، وهذا التعهد من جانب البنك يمثل التزامه في مواجهة المستفيد ، بمعنى انه لا يتوقف هذا الالتزام على عنصر خارجي لا يتحقق الا بتحققه ، وهو ما يجعل المستفيد مطمئناً عندما يتسلمه بانه تسلم نقوداً وبذلك فان خطاب الضمان يكون قد حل محل النقود ، على انه اذا لم تكن صيغة الخطاب دالة على الوظيفة الاقتصادية له بان يحل محل النقود ، فان الخطاب يفقد شرط الكفاية الذاتية كخصيصة هامة ، وانه اذا فقدها فبسبب تعليق استحقاق مبلغ الخطاب على واقعة خارجة عنه مثل عدم تنفيذ الالتزام الذي كان سببه ، لذلك لا بد ان يكون خطاب الضمان كما هو الأصل مستحق الوفاء به بعد تبليغه للمستفيد وان لا يتوقف هذا الوفاء على واقعة خارجية عنه أو تحقق شرط أو حلول أجل(١٤) .

وخصيصة الكفاية الذاتية شرط يتعين ان تلازم خطاب الضمان بما يعني ان هذا الخطاب يكفي بحد ذاته لبيان عناصر الحق الثابت فيه من حيث مضمونه ومقداره واستحقاقه على نحو يمكن للخطاب اداء وظيفته الاقتصادية التي أرادها له المتعاملون به وهي حلوله محل النقود شأنه شأن أوراق البنكنوت والأوراق التجارية .

وهكذا تبين لنا ان الخصائص التي يتميز بها خطاب الضمان عن الكفالة المصرفية والتي أوردناها فيما سبق يمكن وضعها في ثلاثة معايير :

الأول ــ الطبيعة الاستقلالية لالتزام البنك في خطاب الضمان .

الثاني ــ نطاق التزام البنك من حيث محل الالتزام ومدته .

الثالث ــ معيار الوفاء الفوري وفق اصطلاح . « ادفع أولا وقدم دفوعك بعد ذلك » (Payer d, abord et réclame en suite)

بمعنى « ادفع أولا وطالب بعد ذلك » .

---

(١٤) نقض مصري جلسة ١٩٨٥/١٢/٣٠ . مشار اليه في د. علي جمال الدين عوض : المرجع السابق ص ٥٩٤ .

وهذه المعايير أدت الى استخلاص الخصائص التي تميز بها خطاب الضمان عن الكفالة المصرفية على النحو التالي :

١ ـ ان خطاب الضمان يمثل مبلغاً من النقود يكون معيناً أو قابلا للتعيين.

٢ ـ ان التزام البنك في خطاب الضمان بات ونهائي في مواجهة المستفيد .

٣ ـ ان التزام البنك في مواجهة المستفيد مستقل عن الالتزام الذي كان سبباً في نشوئه ، وهذا الالتزام على عاتق البنك يتعين الوفاء به ، ليس بالوكالة عن العميل بل بصفته التزاماً أصيلاً في ذمته .

٤ ـ خطاب الضمان يمتاز بخصيصة شرط الكفاية الذاتية شأنه شأن الأوراق التجارية .

ويترتب على هذه الخصائص نتائج اتينا على ذكرها عند الحديث عن أوجه الشبه والخلاف بين الكفالة المصرفية وعمليات البنوك الأخرى(١٥) .

وهناك خصائص أخرى لخطاب الضمان لا نريد التصدي لها لانها تشترك فيها مع الكفالة المصرفية ، وهي ان خطاب الضمان عقد ملزم لجانب واحد(١٦) ويقوم على الاعتبار الشخصي ورضائي بالاضافة الى انه ذو صفة تجارية(١٧) .

---

(١٥) راجع ما سبق . أوجه الشبه والخلاف بين الكفالة المصرفية وعمليات البنوك الأخرى . ص ٥٤ .

(١٦) انظر د. علي جمال الدين عوض : خطابات الضمان . المرجع السابق ص ١٢٩ .

(١٧) انظر نقض مصري . طعن رقم ٤١١ سنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨١/٤/١٣ وتضمن الحكم ان « جميع أعمال البنوك ومن بينها اصدار خطابات الضمان تعتبر عملا تجارياً طبقاً لنص الفقرتين ٤ ، ٥ من قانون التجارة ولو تمت بصفة منفردة أو لصالح شخص غير تاجر » .

المطلب الثاني

أطراف العلاقة في خطابات الضمان المصرفية

لا يصدر خطاب الضمان الا بعد اتفاق يتم فيما بين عدة اطراف ، ويرتب على عاتق كل طرف التزامات هي في حقيقتها آثار عقد تم ابرامه ٠ وخطاب الضمان يصدر بمناسبة عملية متعددة الاطراف والاغراض ، وهذه العملية ينشأ بمناسبتها علاقات قانونية تنتهي في مجموعها بقيام أحد اطرافها باصدار خطاب الضمان ويتعهد بموجبه ان يدفع الى طرف آخر مبلغاً معيناً من النقود خلال فترة محددة ، ويمكن تحديد هذه العلاقات في التصورات التي تظهر اطراف هذه العلاقات بانهم الآمر والمستفيد والبنـــك ٠

١٠١ـ علاقة الآمر بالمستفيد :

هذه العلاقة هي الأساس في اصدار خطاب الضمان ، لانها نشأت فيما بين الآمر (عميل البنك) والمستفيد (دائن الآمر) بمناسبة مشروع أو عملية تجارية التزم بموجبها الآمر ان يقدم الضمان الذي طلبه المستفيد ، وهذا الالتزام هو الذي دفع بالآمر الى البحث عن شخص يقدم هذا الضمان فتولدت علاقة جديدة كما في البند التالي ٠

١٠٢ـ علاقة الآمر بالبنك :

اذا كان المستفيد رضي بقبول الضمان الذي سيتقدم به الآمر ليكون عوضا عن النقود ويسد مسدها ، فان هذا الآمر سيلجأ الى شخص مليء يرضى به المستفيد كضامن للوفاء يحل محل الآمر ٠ لذلك يتفق مع البنك الذي يتعامل معه ليصدر خطاب الضمان بخصائصه السالف ذكرها لصالح ذاك المستفيد ويتعهد بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين خلال مدة محددة ٠

ومن هذه العلاقة فيما بين الآمر والبنك تتولد علاقة جديدة كما في البند التالي ٠

١٠٣ــ علاقة البنك بالمستفيد :

عندما يوافق البنك على طلب الآمر فانه يوجه الى المستفيد خطاب الضمان بتلك الشروط التي تم الاتفاق عليها فيما بين الآمر والمستفيد ، وتتولد علاقة البنك مع المستفيد على نحو يلتزم البنك بموجب هذا الخطاب في مواجهة المستفيد ان يدفع قيمته خلال مدة محددة اذا طلب اليه ذلك ٠

وهكذا نجد ان هناك ثلاث علاقات قانونية كل واحدة منها تقوم بمفردها وتستقل بآثارها والتزامات اطرافها عن الأخرى ، ولا يعني ارتباط واحدة منها مع غيرها من حيث انها كانت سببها انها تابعة لها ٠

وان الارتباط فيما بين العلاقات السالفة الذكر مهما كان أساسه فانه رغم ما انتهى اليه ، فان علاقة البنك بالمستفيد والتزامات طرفي هذه العلاقة وما ترتب عليها من آثار تبقى مستقلة تماماً عن غيرها من الالتزامات التي أنشأتها العلاقات الأخرى رغم ما قيل بخصوص الآمر من انه لم يكن يسعى لانشاء علاقة قانونية مع البنك لولا علاقات سابقة أو محتملة ستتحقق فيما بينه وبين المستفيد[١] ٠

وخطاب الضمان بالخصائص التي تميزه والذي صدر بمناسبة العلاقات الثلاث التي ذكرناها يقوم بأداء وظيفته على أساس من التفرقة بين هذه

---

(١) انظر د٠ رضا عبيد : المرجع السابق ص ٣٨٤ ويقول في هذا الصدد « ويلاحظ ان هذه العلاقات مستقلة كل منها عن الأخرى ، فلا يوجد ارتباط بين كل طرف والآخر ، فلا يوجد مثلا علاقة سابقة بين البنك والمستفيد تخول للمستفيد الزام البنك باصدار خطاب لصالحه ، أو تخول له التدخل في علاقة البنك مع طالب خطاب الضمان أي العميل ، كما انه بصدور خطاب الضمان تنشأ علاقة جديدة بين المستفيد والبنك مستقلة عن علاقة المستفيد والعميل ، ويظهر هذا الاستقلال في الآثار المترتبة على عقد اصدار خطاب الضمان » ٠

العلاقات ، ذلك انه لو تصورنا ان أساس العملية هو مشروع مقاولة اعلن عنه مالك المشروع ، فتقدم منه المقاول لتنفيذه فاشترط الأول على الثاني ان يقدم له خطاب ضمان ، فيلجأ المقاول الى البنك الذي يتعامل معه ليضع بين يديه فكرة المشروع ، فيوافق البنك بعد ان يضمن ان خطاب الضمان الذي سيصدره بحد أدنى من المخاطر ، وان العميل (المقاول) سيضع لهذا الخطاب غطاءً يوازي مقدار قيمته ، وتكون علاقة البنك بعميله محكومة بعقد الاعتماد بالضمان ، في حين يحكم علاقة المقاول بصاحب المشروع عقد المقاولة ويحكم علاقة البنك بصاحب المشروع وهو المستفيد من خطاب الضمان هذا الخطاب وحده ٠

ونرى ان هذه العلاقة عبارة عن عقد أبرمه طرفان ، الأول البنك عندما أعلن بارادته عن صدور التصرف من قبله وهذا التصرف القانوني التقى بموافقة المستفيد كتصرف قانوني من جهة أخرى ، فانعقد فيما بينهما عقد انشأ التزاماً على عاتق البنك بان يدفع للمستفيد المبلغ المحدد في الخطاب عندما يطالبه به وعلى شرط ان تتم المطالبة ضمن المدة المحددة[٢] ٠

ولعل في تصور مراحل العلاقة فيما بين البنك والمستفيد ما يبرر وجهة نظرنا ان علاقة البنك بالمستفيد عقدية فالبنك يوجه الى المستفيد خطاب الضمان المتفق على شروطه من حيث مقداره ومدة سريانه وعدم جواز المعارضة في الوفاء به ، وعند تلقي المستفيد هذا الخطاب يحتفظ به اذا لم يكن له عليه اعتراض ، وهذا يعني ان عدم الاعتراض على الخطاب قبول بشروطه ٠

---

(٢) انظر د٠ علي جمال الدين عوض : عمليات البنوك ٠ المرجع السابق ص ٥٩٨ ويرى ان العلاقة فيما بين البنك والمستفيد لا تعتبر عقداً ويبرر ذلك بالقول « صحيح ان المستفيد في مطالبته البنك يلتزم الشروط الواردة في الخطاب ولكن ليس لانه طرف في عقد بينه وبين البنك بل لان هذه هي حدود التزام البنك كما بينها البنك في الخطاب المنشيء لالتزامه قبل المستفيد » ٠

وينبني على ذلك ان الآمر يكون قد فاز بالعملية التي صدر هذا الخطاب لأجلها ، وبخلاف ذلك يستطيع المستفيد ان يرفض خطاب الضمان وذلك باعادته الي مصدره لأي سبب يراه ، كان يكون المبلغ أقل من المتفق عليه مع الآمر أو مدة سريانه أقل مما تم الاتفاق عليه ، أو ان هناك شرطاً يقلل من فاعلية الخطاب ٠

وبالنتيجة فانه اذا كان المستفيد يملك قبول أو رفض خطاب الضمان ، فان ذلك يجعل من القبول أو الرفض عملاً من جانب المستفيد ، وهذا العمل هو التصرف القانوني الذي ينعقد على أساسه عقد فيما بين البنك والمستفيد ، ومن جهة أخرى لا تترتب أية آثار اذا رفض المستفيد قبول الخطاب الذي أصدره البنك لصالحه ، بما يعني ان العقد لا ينعقد اذا رد المستفيد ايجاب البنك[٣] ، وهذا ما قررته المادة ٩٥١ من القانون المدني عندما نصت على انه « يكفي في انعقاد الكفالة ونفاذها ايجاب الكفيل ما لم يردها المكفول له » وينطبق هذا الحكم على خطاب الضمان الذي قررنا انه احدى صور الكفالة ، ولا يتناقض ذلك مع القول ان لخطاب الضمان كاحدى صور الكفالة المصرفية خصائص يمتاز بها عن الكفالة ٠

---

(٣) انظر د٠ محي الدين اسماعيل علم الدين : المرجع السابق ص ٥٦٧ ٠

المطلب الثالث

الطبيعة القانونية لخطابات الضمان المصرفية

١٠٤ـ بينا فيما سبق طبيعة التزام البنك الناشيء عن خطاب الضمان ، وقلنا بان هذا الالتزام من جانب واحد ، وانه مستقل عن غيره من الالتزامات التي أنشأتها عقود أخرى سبقته ، وذكرنا ان الخطاب ليس ورقة تجارية رغم ان له بعض صفاتها وخصائصها ، وانه يقوم على الاعتبار الشخصي ، ومحله مبلغ من النقود ، وانه التزام مسبب بمعنى ان سببه يظهر في الخطاب ٠

وأخيراً نذكر بالفرق الدقيق بينه وبين الالتزامات التي تنشؤها عمليات أخرى ، وهذا الفرق هو الخاصية التي يمتاز بها وهو ان التزام البنك في خطاب الضمان مستقل ومنبت الصلة عن أي التزام آخر حتى ولو كان البنك متضامناً مع غيره في وفاء هذا الالتزام(١) ٠

واذا كان التكييف القانوني لالتزام البنك وفق الخصائص المذكورة يدفعنا للقول ان هذا الالتزام تعهد البنك وفاءه بارادته المنفردة ، فاننا لن نقرر ذلك قبل بيان الطبيعة القانونية لخطاب الضمان كعقد أنشأ التزامات يتعين الوفاء بها ، ولا قبل مناقشة الطبيعة القانونية التي تتضمن التكييف القانوني وهو ما يعني رد هذه العلاقة ضمن عملية خطابات الضمان الى الأساس القانوني الذي تستند اليه لما في ذلك من أهمية كبيرة بالنسبة الى تقرير المسؤولية الذي يتحدد وفقاً لتكييف العلاقة ٠

كذلك لو تم تكييف هذه العلاقة على انها علاقة الكفيل بالمكفول والمستفيد فيكون التزام الكفيل تابعاً لالتزام المكفول بما يعني انه ليس أصلياً وانه غير مستقل عن غيره ، اما اذا تقرر ان هذا الالتزام أصلي فتكون مسؤولية البنك أشد خطورة لان التزامه على هذا الوجه يكون مباشراً ومجرداً عن غيره ، ويفقد البنك بعض أوجه الدفوع التي للمدين الأصلي (المكفول) ٠

---

(١) انظر في هذه الخصائص د٠ علي جمال الدين عوض : خطابات الضمان ٠ المرجع السابق ص ١٢٦ وما بعدها ٠

وهكذا فان الرأي حول طبيعة خطابات الضمان لم يكن واحداً بل كان الاختلاف حولة كبيراً ، وذهب الفقة والقضاء في بيان الطبيعة القانونية لخطابات الضمان مذاهب شتى ، وكيف البعض هذه العلاقة على أسس من عقد الكفالة[٢] وكيفها البعض الآخر على أساس الانابة القاصرة[٣] وقيل كذلك بان هذه العلاقة احدى صور القرض[٤] ورآها آخرون بانها اشتراط لمصلحة الغير[٥] ، ويرى الكثير من الفقه ان التزام البنك في خطاب الضمان أساسه الارادة المنفردة[٦] ٠

وحاول بعض الفقه الفرنسي ان يقرب فيما بين خطابات الضمان وعملية الاعتماد المستندي المؤيد على أساس انه في العمليتين لا يستطيع البنك الضامن ان يتمسك في مواجهة المستفيد بالدفوع التي يملك المدين الأصلي الاحتجاج بها ، وذهب بعض الفقه المصري هذا المذهب عندما قرر ان التزام البنك في خطاب الضمان يشبه التزام البنك في مواجهة البائع المستفيد من عملية فتح الاعتماد المستندي ، وانه يقال في طبيعة الالتزام

---

(٢) انظر تفصيلات النظريات التي قيلت بشان الطبيعة القانونية لخطابات الضمان وتكيف العلاقة القانونية الناتجة عنها ٠ د٠ محي الدين اسماعيل علم الدين : المرجع السابق ص ١٢٧ وما بعدها ٠ د٠ سميحة القليوبي : المرجع السابق ص ٤٣ وما بعدها ٠ وراجع راغب حبشي : محاضرة القيت بمعهد الدراسات المصرفية بالقاهرة ٠ حزيران ١٩٦٠ بعنوان خطابات الضمان ٠ ويرى ان تكيف العلاقة في خطاب الضمان يجد أساسه في عقد الكفالة ٠

(٣) انظر د٠ احمد زكي الشيتي وفاروق غلاب : المرجع السابق ص ٥٧ ٠

(٤) انظر نقض مصري جلسة ١٩٦٩/١٢/٣٠ ٠ مجلة المحاماة السنة ٥٢ ص ٨٠ وما بعدها ٠

(٥) انظر د٠ محي الدين اسماعيل علم الدين : المرجع السابق ص ١٩٦ ٠

(٦) أخذ بهذا الرأي د٠ محمد حسني عباس : عمليات البنوك ط ١٩٦٨ ص ١٣٩ ٠ د٠ علي جمال الدين عوض : عمليات البنوك ٠ المرجع السابق ص ٥٠٤ ود٠ سميحة القليوبي : ص ٤٣ وما بعدها ٠

بخطابات الضمان كل ما يقال في طبيعة التزام البنك في مواجهة المستفيد من عملية فتح الاعتماد(٧) ٠

وبشأن الطبيعة القانونية للعلاقة في خطابات الضمان المصرفية نسوق بعض الآراء والنظريات التي قيلت في هذا الصدد ، وسيكون حديثنا في هذا الموضوع مختصراً ونحيل الى المؤلفات التي توسعت في الحديث عن هذه النظريات والآراء(٨) ٠

١٠٥ـ خطاب الضمان صورة من صور الكفالة :

رأي الفقه الفرنسي ومن بعده القضاء ان أحكام الكفالة كما وردت في القانون المدني كافية لتكون أساساً يرتد اليه التزام البنك في خطاب الضمان ، وتبع بعض الفقه المصري هذا التوجه الى ان حل عقد الثمانينات

---

(٧) انظر في هذا الاتجاه ٠

Gavalda et stoufflet. 1 article Précite, no 11; vasseur, te sous D. S. 1979 P. 264.

وانظر في أحكام القضاء الفرنسي ٠

Cass. COM; 3 avril 1978. Bull. Civ 1978. lv, no. lo3. paris, 23 janv. 1981. D. S. 1981 P. 630 note vasseur.

Cass. COM. 14. oct. 1981. D. S. 1982. P. 301. note vasseur.

وفي هذا الاتجاه انظر د٠ علي البارودي : العقود وعمليات البنوك التجارية ص ٣٤٩ ويقول : ان التزام البنك في خطاب الضمان يشبه التزام البائع المستفيد في عملية فتح الاعتماد المستندي ٠

(٨) انظر د٠ سميحة القليوبي : النظام القانوني لخطابات الضمان المصرفية فيما بين الاطراف وبالنسبة للغير ٠ بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد العدد ٠ مارس ، يونيو عام ١٩٧٢ السنة ٤٢ ص ٤٣ وما بعدها ٠

د٠ بضراني نجاة : المرجع السابق ص ٥٤٧ ٠

د٠ حياة شحاته : المرجع السابق ص ٣٤٧ ٠

وانظر :

Ch. Gavalda et stoufflet. La letter de garantie international revue trimest rielle de droit Commercial et de droit economique P. 3.

الذي شهد تحولاً جذرياً من الفقه والقضاء الفرنسي والمصري عندما وجدوا ان أحكام الكفالة لم تعد مناسبة لتكييف التزام البنك في خطاب الضمان(٩) • وتحول التوجه الى القول ان الدائن يتوجه للبحث عن صيغة يضمن بها حقوقه ، وهذه الصيغة هي الضمان الذاتي الذي يلتزم بموجبه الضامن ازاءه بشروط مستقلة من الناحية القانونية عن العقد الأصلي ، وهذا الضمان يتعين ان يكون مجرداً بحيث يؤدي وظيفة اقتصادية مأمونة بالنسبة للدائن •

ويرى الفقه والقضاء منذ أوائل الثمانينات ان انتشار خطابات الضمان كان نتيجة الخصائص التي تتميز بها ، ومنها انها تغطي مخاطر كثيرة مثل ضمان حسن التنفيذ والدفعة الأولى •

وعلى هذا الأساس نقول ان الفقه والقضاء حددا العلاقة في خطابات الضمان على أساس ان التزام البنك أصلي ومجرد عن غيره ومباشر وليس تابعاً لالتزام العميل(١٠) •

وقضت محاكم كثيرة في العديد من الاحكام بان التزام البنك مستقل وهذه الاحكام تؤكد الاختلاف فيما بين هذا الالتزام والكفالة(١١) • وقضت

---

(٩) يقول الاستاذان جافلدا وستوفليه « ان أحكام الكفالة كما وردت في المواد ٢٠١٢ و ٢٠١٣ ، ٢٠٣٦ من القانون المدني الفرنسي لم تعد مناسبة وحازمة بدرجة كافية في التجارة الدولية ، لانها لا تلزم الكفيل الا بالقدر الذي يكون فيه المدين الأصلي ملتزماً ، وهذا يتيح للكفيل مبدئياً احباط دعاوى الدائن مستفيداً من الدفوع التي يملكها المدين الأصلي ، وبالرغم من ان ذلك يبدو منطقياً والعدالة تفرضه ، الا ان الممارسة كثيراً ما تعتبر هذا الحل غير مقبول لانه يعطي الكفيل وسيلة الاعتراض على التزامه مما يضعف التأمين الى حد كبير » • راجع :

Gavalda et stoufflet op. Git. P. 3.

(١٠) انظر :

Dalloz sirey, 1986 P. 153, "D. 1985 - 269" "D. 1983 P. 365"

(١١) انظر حكم محكمة الأمور المستعجلة • القاهرة ١٩٦٠/٣/٥ الدعوى رقم ١١٧٣ السنة ١٩٦٠ • مجلة المحاماة س ٤٠ العدد ٩ ص ١٧١٠ • وقضت المحكمة بان التزام البنك هو =

محكمة النقض الفرنسية بان خطاب الضمان التزام مستقل وليس كفالة ، وقررت ذلك في دعوى تتلخص وقائعها ان الشركة المركزية للدراسات الصناعية (C. O. C. E. I.) ويتبعها شركة (Lebon) ابرمت عام ١٩٧٢ مع مؤسسة حكومية سوفيتية عقداً لانجاز مصنع لمعالجة الغاز ، وقد استعانت الشركة المركزية بشركة (Pritchard) لتنفيذ هذا العمل فنياً وتعهدت الأخيرة تقديم خطاب ضمان بمبلغ ثلاثماية ألف دولار يضمن حسن تنفيذ ادائها ٠

وفي عام ١٩٧٣ وقعت شركة (Pritchard) (الشركة المدينة الأصلية) مع شركة تأمين أمريكية (Firemen's insurane) عقد ضمان تحت اسم (Bond no 13 - 12) ومضمونة التعهد سوياً متضامنين ان يدفعا لشركة (C. O. C. E. I.) مبلغ ثلاثماية ألف دولار بناء على تقديم خطاب ترسله الأخيرة الى شركة (Pritshard) اذا قصرت في التزامها ٠

وفي عام ١٩٧٦ اخطرت شركة (C. O. C. E. I.) شركة (Pritshard) بانها قصرت في التزاماتها وطالبتها بدفع قيمة الضمان ٠

وقضت محكمة النقض الفرنسية في الدائرة التجارية بدفع مبلغ الضمان وكيفت خطاب الضمان بانه مستقل يسدد عند أول طلب ،

= التزام الكفيل ويطبق عليه القانون المدني وانه يجب على الكفيل ان يخطر المدين قبل ان يقوم بوفاء الدين والا سقط حقه في الرجوع على المدين وانظر تطبيقات قضائية مصرية تؤكد استقلال التزام البنك في خطابات الضمان عن التزام المدين وان هذا الالتزام ليس تابعاً ٠

نقض مصري ٠ الطعن رقم ٣٧ لسنة ٢٩ ق تاريخ ١٩٦٤/٥/١٤ مجموعة أحكام النقض س ١٥ عدد ٢ ص ٦٩١ والطعن رقم ٢٩٥ سنة ٣٥ ق تاريخ ١٩٦٩/٥/٢٧ مجموعة أحكام النقض ٢٠٤ ص ٨١١ وقضت محكمة النقض المصرية في أحد أحكامها بالقول « البنك الذي يقوم بتثبيت اعتماد مصرفي بين عميله والمستفيد منه لا يصح وصفه بانه ضامن أو كفيل يتبع التزام المكفول بل يعتبر في هذه الحالة التزاماً مستقلا عن العقد القائم بين المتعاملين » جلسة ١٩٨٢/٤/١٢ ٠ مجموعة أحكام النقض س ٣٢ ص ٣٩٦ وما بعدها ٠

وانه ليس كفالة تابعة للعقد الأساسي ، وبناء على ذلك ذكرت المحكمة بانه يمتنع على الضامن الاستناد على أية دفوع تخص المدين الأصلي(١٢)

وعلى هذا فان الكفالة لا تصلح أساساً لتكييف التزام البنك لاختلاف طبيعة الالتزام في العمليتين ولا نذهب مع القائلين ان أحكام الكفالة يمكن ان تطبق على العلاقة القائمة فيما بين اطراف عمليه خطاب الضمان للأسباب التي ناقشناها فيما سبق ٠

١٠٦ـ نظرية الانابة القاصرة :

رأي بعض الفقه ان العلاقة التي أنشأها خطاب الضمان يمكن تكييفها على أساس الانابة القاصرة(١٣) ٠

والانابة تتم اذا حصل المدين على رضاء الدائن بشخص أجنبي يلتزم بوفاء الدين مكان المدين(١٤) ٠ وان هذه الانابة لا تتضمن تغير المدين أو تغير الدائن كما هو شأن الانابة الكاملة التي تتضمن بالضرورة تجديداً بتغير المدين وقد تتضمن تغير الدائن ، بل ان الانابة القاصرة تبقى على

---

(١٢) انظر أحكاماً قضائية :

— Com. de. Bruxelles, Ref, oct, 1985 so c Anon. Fabricom. c. Banque. Bruxelles Lambert, D. 1986 P. 162.

— Court of Appeal. 5 - 9 Dec., 1983 Baliventer oil. S. A. V. Chase Manhattan Bank n. A., and otheres - D., 1686, 162, note vasseur.

Court De Justice civile de geneve lre sect,. 14 Mars 1985 Iranian Goverment trading corporation et Banque Milli Iran secogest S. A. D. 1986. P. 164.

(١٣) انظر د٠ أحمد زكي الشيتي وفاروق غلاب : المرجع السابق ص ٨٧٢ ، وانظر كذلك الفتوى رقم ٢٠٣ تاريخ ١٩٦٤/٢/١٢ الصادرة عن قسم الفتوى والتشريع ٠ مجلة المحاماة المصرية س ٤٧ ٢٤ ص ٤٠٣ وورد في هذه الفتوى « ان خطاب الضمان ليس عقد كفالة بل هو من قبيل الانابة القاصرة » ٠

(١٤) انظر نص المادة ١/٣٥٩ من القانون المدني المصري ٠ والمادة ٣٦٠ من ذات القانون ٠

المنيب مديناً للمناب لديه الى جانب المناب بحيث يصبح للدائن مدينان بدلا من مدين واحد وتتم في وقت يجتمع فيه رضاء المنيب والمناب والمناب لديه(١٥) ٠

واعتبر بعض الفقه البنك نائباً عن عميله يصدر بناء على طلبه خطاب الضمان ، ويلتزم بدفع قيمة هذا الخطاب للمستفيد على أساس ان التزامه أصلي ومباشر ومستقل عن التزام المدين ٠

ويبرر القائلون بهذا التوجه حجتهم بالقول ان العميل عندما يقدم الغطاء يلتزم بتقديم تأمين نقدي يضعه تحت تصرف صاحب المشروع بالاضافة الى التزامه بتنفيذ العقد ، وبدلا من تقديم التأمين النقدي يتفق مع صاحب المشروع (المستفيد) ان يضيف له مديناً آخر يلتزم في مواجهته بمقدار التأمين النقدي ، وتنشأ الانابة القاصرة بين العميل والبنك والمستفيد في علاقات متعددة مترابطة :

الأولى : علاقة المنيب (العميل) والمناب لديه (المستفيد) ويبقى فيها الأول مديناً للثاني لا تبرأ ذمته الا اذا وفي بالالتزام الذي في ذمته للمناب لديه (المستفيد) أو اذا وفى المناب (البنك) بهذا الالتزام ٠

الثانية : علاقة المنيب (العميل) بالبنك المناب ، ومن آثارها اذا وفى البنك للمستفيد كان له الرجوع على المنيب (العميل) بدعوى الوكالة أو الفضالة أو الاثراء بلا سبب حسب مقتضى الحال ٠

الثالثة : العلاقة بين المناب لديه (المستفيد) والمناب (البنك) ومن آثارها ان يصبح للمستفيد مدينان ٠ المدين الأصلي وهو المنيب (العميل) والمدين الجديد وهو المناب (البنك) ٠

---

(١٥) انظر د٠ سميحة القليوبي : المرجع السابق ص ٦٥ وما بعدها ٠

ويقرر أصحاب هذه النظرية ان المستفيد يستطيع الرجوع على أي من المدينين الأصلي والجديد بحيث اذا وفى الالتزام أحدهما برئت ذمة الآخر ، وان الدين الذي أنشأته الانابة في ذمة المناب (البنك) هو دين مجرد لا يتأثر بالعلاقة بين البنك والعميل[١٦] .

ولان رجوع البنك على عميله لا يؤسس على احكام الوكالة ، ولا الفضالة ، ولا الاثراء بلا سبب ، ولان تاسيس العلاقة في خطاب الضمان على فكرة الانابة لقى من النقد ما يبرر القول انها لا تصلح أساساً قانونياً لالتزام البنك الناشيء عن خطاب الضمان ، وكان أهم نقد وجه لهذه الفكرة هو تبني القائلين بها فكرة حق البنك التمسك في مواجهة المستفيد بالدفوع التي كانت للمدين في مواجهة الأخير ، لان التسليم بذلك يتنافى مع القول ان التزام البنك مستقل ، ومن هذا التناقض لدى القائلين بفكرة الانابة يتبين انها لا تصلح أساساً قانونياً يطبق على الالتزام الناشيء عن خطاب الضمان .

وأخيراً لعل النقد الذي وجهه الفقيهان جافلدا وستوفليه الى هذه النظرية عندما قالا « ان تكنيك الانابة لا تتقابل تماماً مع اجراءات الضمان ونية الأطراف الذين يرغبون في جعل الضمان مستقلا ، ونستطيع ان ندرك هذه الارادة اذا ما كنا بصدد عقد ضمان ، أما الانابة القاصرة فيكون التزام المناب هو الوسيلة الطبيعية لتنفيذ التزام سابق للمنيب ازاء المناب لديه على عكس الضمان ، حيث يكون دين المستفيد بالنسبة الى الآمر أمراً احتمالياً وتنفيذ الوعد يرجع الى ارادة المستفيد » يؤدي الى تأكيد ضرورة اقصاء نظرية الانابة عن مجال خطابات الضمان[١٧] والقول بانها غير صالحة كأساس قانوني ترتد اليه هذه الخطابات .

---

(١٦) سنجد عكس ذلك عندما يثبت ان محل الدينين واحد ، وان الدين الذي انشاته الانابة على عاتق المناب (البنك) يتأثر بالعلاقة فيما بينه وبين عميله (المدين الأصلي) ويتأثر بالدين الذي للمستفيد على هذا المدين الأصلي .

(١٧) انظر : Gavalda et stoufflet op. Cit. P. 108.

١٠٧ـ نظرية الاشتراط لمصلحة الغير :

فحوى هذه النظرية ان العميل يشترط على البنك دفع مبلغ معين من النقود للمستفيد ، ويقول انصار هذه النظرية انه طبقاً للاحكام العامة في القانون فانه يوجد ثلاثة أشخاص يرتبط اثنان منهما بعقد ويشترط أحدهما لشخص ثالث أجنبي عن العقد ان يكون مستفيداً ٠

ويرى القائلون بذلك (ان وجود ثلاثة أشخاص في عملية خطاب الضمان أحدهما أجنبي عن العقد المبرم فيما بين الاثنين الآخرين ، وانصراف نية أحد اطراف هذا العقد لاعطاء الأجنبي حقاً مباشراً كعنصر مميز في عقد الاشتراط لمصلحة الغير بالاضافة الى مصلحة المشترط كأثر من آثار العقد الذي ينتج حقاً لشخص ثالث أجنبي عنه) يجعل تكييف العلاقة فيما بين اطراف عملية خطاب الضمان على انها اشتراط لمصلحة الغير أمرا موافقاً للقانون ٠

وتاكيدا لما توصل اليه أصحاب هذا الرأي فانهم حاولوا تجريد علاقة البنك بالمستفيد من آثار العلاقة فيما بين البنك والآمر على أساس ان الذي يميز الاشتراط لمصلحة الغير هو حق المتعهد (البنك) في التمسك بالدفوع الناشئة عن عقد الاشتراط في مواجهة المستفيد(١٨) ٠

ونرى في خصوص هذه النظرية رغم كل المحاولات المبذولة من انصارها لتقريب أحكامها من عملية خطاب الضمان ان فكرة الاشتراط لمصلحة الغير كأساس قانوني لخطابات الضمان لا تنسجم مع الآثار التي

---

(١٨) انظر في ذلك د٠ محي الدين سماعيل علم الدين : المرجع السابق ص ٢٣٢ وما بعدها ٠ وعبر في هذا الخصوص عن رأيه بالقول « ان مصدر التجريد في خطاب الضمان الذي يدرج فيه متضمناً تعهد البنك بالدفع عند أول مطالبة تصله من المستفيد ورغم أي معارضة قد تصدر من العميل ، والشق الأول من هذا التعهد يعني ان البنك لن يثير أي دفوع تتصل بعلاقته مع عميله ، والشق الثاني ان البنك لن يتمسك بأي دفوع تكون للعميل المستفيد ٠ وقد أصبح هذا النص من خصائص خطاب التعهد ، وجرى عليه العمل حتى أصبح عرفاً مستقراً واذا كان التجريد لا يتقرر الا بالقانون فان العرف قانون ٠ ولا غضاضة في اضفاء العرف صفة التجريد على بعض عمليات البنوك » ٠

تنتج عن عملية خطاب الضمان ولا تتمشى مع خصائصه التي يمتاز بها وأولها استقلال التزام البنك عن الالتزامات السابقة عليه ، والذي يعني انه لا تجوز المعارضة في الوفاء ٠

هذا من جهة ومن جهة ثانية فان اعتبار العقد المبرم فيما بين العميل والبنك أساس للعقد الذي ابرم فيما بين البنك والمستفيد بحيث يكون الثاني أثراً للأول يجعل من خطاب الضمان والآثار الناتجة عنه التزامات تابعة لعقد سابق عليه وتتأثر سلباً وايجاباً بالالتزامات التي ينشؤها العقد الأول ، وهو ما يتنافى مع التسليم باستقلال التزام البنك كأثر لخطاب الضمان ٠ لذلك فان فكرة الاشتراط لمصلحة الغير غير كافية لتفسير أحكام خطاب الضمان وآثاره وانها بالاضافة الى النقد الذي وجه لها لا تصلح أساساً قانونياً ترتد اليه علاقات اطراف عملية خطابات الضمان ٠

١٠٨ــ نظرية الارادة المنفردة :

الارادة المنفردة كمصدر للالتزام نظرية ظهرت حديثا ، واستبعدها الفقه التقليدي كمصدر للالتزام تمشياً مع تقاليد القانون الروماني الذي لم يأخذ بها(١٩) ، ومقتضى هذه النظرية تأسيسها على سلطان الارادة وما يلزم به الشخص نفسه ، ويفرق القائلون بهذه النظرية بين نشأة الحق واكتسابه على أساس ان نشأة الحق تتم بارادة المدين وحدها ، اما كسب الحق فيتم بقبول الدائن وانه ليس هناك ضرر من انشاء الحق بارادة واحدة قبل قبول الدائن طالما ان هذا لا يلزمه بشيء ٠

ويقول انصار النظرية في صدد دفاعهم عن نظريتهم انه اذا كان الشخص لا يلتزم بارادته فمما لا شك فيه انه لا يلتزم بارادة غيره ، وان الحاجة

---

(١٩) هناك بعض الاستثناءات وردت في القانون الروماني تؤكد ان المشرع أخذ بالارادة كمصدر للالتزامات ، على أساس انه تعهد ملزم دون حاجة الى قبول ٠ انظر د٠ جميل الشرقاوي : نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني ط ١٩٨٣ ص ١٧ وما بعدها ٠ دار النهضة العربية ٠ القاهرة ٠

العملية تفرض تبرير الالتزام بالارادة المنفردة في بعض الصور مثل الوعد بجائزة(٢٠) .

ووفقا لهذه النظرية فان الالتزام في خطاب الضمان لا ينتج عن تلاقي ارادتين بل عن ارادة مصدر الخطاب الذي لا يستطيع التذرع بأي سبب للتحلل من التزامه الذي افرغه في الخطاب الذي وجهه الى المستفيد . ونحن لا نريد التوسع في الحديث عن الآراء التي نادت باعتبار الارادة المنفردة كمصدر استثنائي للالتزامات ولا عن الآراء التي قالت بعكس ذلك لخروج ذلك عن مجال حديثنا الا بقدر ما يساعدنا على وضع أسس تبرر تأسيس أو عدم تأسيس العلاقة في خطاب الضمان على فكرة الارادة المنفردة(٢١) .

وعلى ذلك يقتضينا الحديث بيان وجهة نظر المعارضين للأخذ بنظرية الارادة المنفردة والتي تمثل نقداً لها وانصب هجومهم على هذه النظرية وفقاً لما يلي :

١ ــ اذا سلمنا بوجود التزام بارادة منفردة فمعنى ذلك ان المدين يتعين ان يقابله دائن ولا بد من وجود ارادة لهذا الدائن وهذا هو توافق الارادتين الذي ينشأ عنه العقد .

٢ ــ اذا سلمنا بقدرة الارادة المنفردة على ايجاد التزام على عاتق المدين ، فمعنى ذلك التسليم بان ذات الارادة اللاحقة تنسخ الارادة السابقة، لأن ما تستطيع الارادة تقريره تستطيع انهاءه وما يمكنها عقده يمكنها حله(٢٢) .

---

(٢٠) انظر د. عبدالمنعم البدراوي : النظرية العامة للالتزامات . الجزء الاول . مصادر الالتزام ص ٤٣٩ . ويقول « صحيح ان الارادة المنفردة عاجزة عن انشاء الالتزام كقاعدة عامة الا في الحالات التي نص عليها القانون ، ولكونها في تلك الحالات تكون هي لا القانون مصدر الالتزام ، فالآثار التي تترتب عليها انما تنشأ لان الارادة اتجهت اليها » .

(٢١) انظر في نظرية الارادة المنفردة كمصدر للالتزام مؤلفات فقهاء القانون المدني . د. حشمت أبو ستيت ، د. عبدالرزاق السنهوري ، د. عبدالمنعم فرج الصده ، د. عبدالمنعم البدراوي .

(٢٢) انظر د. جميل الشرقاوي : المرجع السابق ص ١٨ .

٣ ـ يهاجم البعض النظرية بالقول ان الآثار القانونية للعقد ليست من تشكيل الارادات المكونة له منفردة بل هي أثر امتزاج وتفاعل تلك الارادات عند انشائه ٠

وأمام وجهتي النظر للقائلين بنظرية الارادة المنفردة كأساس قانوني للعلاقة الناشئة عن خطاب الضمان والمعارضين ، نجد ان هذه النظرية أقرب النظريات الى التوافق والانسجام مع تلك العلاقات وما تمتاز به من خصائص ، ذلك أن هذه النظرية تبني الالتزام على الارادة المنفردة وهو ما يتحقق به التزام البنك في خطاب الضمان ، وانه اذا صح للارادة المنفردة العدول عن الالتزام وذلك بحله أو التحلل منه فهو أمر مقبول أمام مسؤولية من صدرت عنه الارادة عن تعويض الضرر الذي لحق بالمستفيد ، لان الحق الذي نشأ للمستفيد بعد اعلان البنك لارادته الملزمة بدفع مبلغ معين في خطاب الضمان ، لا ينتقص باعلان البنك رجوعه عما رتبته تلك الارادة ، لانه ان فعل يلتزم بالتعويض ٠

كما ان التزام البنك بارادته المنفردة يجعل التزامه أصيلاً لا بصفته نائباً عن عميله ، ويترتب على ذلك استقلال هذا الالتزام عن أي التزام سبقه أو علاقة أخرى قد تثير دفوعاً فيما بين اطرافها كعلاقة البنك بالعميل أو هذا الأخير بالمستفيد(٢٣) ٠

---

(٢٣) انظر د٠ سميحة القليوبي : المرجع السابق ص ٩٠ وتقول في هذا الصدد « ويقصد باستقلال التزام البنك قبل المستفيد عن علاقة البنك بالعميل ، انه لا اثر لدفوع العميل قبل البنك والناشئة عن العقد المبرم بينهما والذي اعرب فيه العميل عن طلبه في اصدار البنك لخطاب الضمان وفقاً لشروط معينة وموافقة البنك على ذلك » وانظر استئناف القاهرة ٠ جلسة ١٩٦٣/٢/١٩ المجموعة الرسمية س ٦١ ق ص ١١٢ وجاءت حيثات الحكم كما يلي :

« ان خطاب الضمان هو تعهد نهائي يصدر من البنك بناء على طلب الآمر بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين بمجرد أن يطلب المستفيد منه ذلك وانه لا يجوز للبنك ان يرفض الوفاء للمستفيد بسبب يرجع الى علاقة البنك بالآمر أو الى علاقة المستفيد بالآمر » وانظر د٠ حسني عباس عمليات البنوك ص ١٣٨ ـ ١٤٠ ويقول « يمتنع على البنك الغاء التزامه لان الأصل ان خطاب الضمان يرتب تعهداً نهائياً يصدر من البنك بمجرد طلب المستفيد » ويؤيد هذا الرأي د٠ علي البارودي : العقود وعمليات البنوك التجارية ط ١٩٦٦ ص ٣٩٧ ٠

لذا نجد ان وجه الاعتراض على الالتزام بالارادة المنفردة الصادرة عن البنك في خطاب الضمان مردود ، ونرى ان الحاجة العملية وما قرره العرف ازاء خصائص خطاب الضمان تجعلنا نسلم بان الارادة المنفردة تصلح أساساً للالتزام ليس في أحوال استثنائية كما هي حال الوعد بجائزة أو بالنسبة للزوم الايجاب ، بل انها تصلح أساساً للالتزام في جميع الاحوال على أساس ان ارادة الملتزم مصدر التزامه ومبناها التصرف القانوني الصادر عن الشخص بارادة حرة واعية غير معيبة ولا مشوبه بعيب يعدمها أو ينقصها ، لان لكل ارادة أثرها الخاص بما يكفي لالتزام مصدرها ، ومعنى هذا ان مصدر الالتزام الارادي هو الارادة الواحدة وهو ما يعني التصرف القانوني الذي اتجهت الى احداثه ٠

الفصل الثاني

أنواع خطابات الضمان المصرفية

١٠٩ــ تتنوع خطابات الضمان بحسب المعامــلات التي تستلزمهــا ، ويصعب حصر أنواع هذه المعاملات التي تعد سبباً في العلاقة فيما بين البنك مصدر الخطاب وعميله ، ومع ذلك ليس من الصعب ان نستعرض أهم أنواعها الاكثر شيوعاً ، على اننا لن نقسم هذه الأنواع على أساس توزيعها في فئات بل سنناقشها وفق مسمايتها في المبحث الأول خطابات الضمان المشروطة وغير المشروطة ، وفي المبحث الثاني خطابات الضمان المؤقتة والنهائية ، وفي المبحث الثالث خطابات الضمان الداخلية والخارجية(١) .

ونشير قبل الحديث عن هذه الأنواع الى ان خطابات الضمان تصدر في معظمها من البنوك وتؤدي وظيفة اقتصادية من خلال عملية مصرفية يختص بالقيام بها البنوك ، ومع ذلك فان هناك خطابات ضمان تؤدي مثل ذات وظيفة خطابات الضمان الصادرة عن البنوك ، وهي التي تصدر عن مؤسسات مالية متخصصة أو شركات تأمين أو شركات للضمان أو بنوك تعاونية ، وتبقى هذه الخطابات أياً كانت جهة اصدارها تؤدي الوظيفة التي وجدت من أجلها ، ولا يستدعي اختلاف جهة اصدار هذه الخطابات تقسيمها الى نوعين أحدهما يصدر عن البنوك والثاني عن غير البنوك طالما ان لكليهما ذات خصائص خطابات الضمان التي تمتاز بها(٢) .

---

(١) يرى بعض الفقه ان خطابات الضمان تتنوع وفقاً لاعتبارات معينة ، ويقررون ان هذه الأنواع تتحدد من حيث طبيعتها القانونية أو من حيث الغرض من اصدارها أو من حيث موطن المستفيد منها أو من حيث جهة اصدارها . انظر د. سميحة القليوبي : المرجع السابق ص ١٥ . ويقسمها البعض بالنظر الى الالتزام المضمون او بالنظر الى مدته . انظر د. علي جمال الدين عوض : خطابات الضمان . المرجع السابق ص ٢٤ وما بعدها وص ٤٣

(٢) انظر في تقسيم خطابات الضمان من حيث جهة اصدارها الى خطابات ضمان صادرة عن البنوك وخطابات ضمان صادرة عن غير بنوك . د. سميحة القليوبي : المرجع السابق ص ٢٠ .

المبحث الأول

خطابات الضمان المشروطة وغير المشروطة

١١٠ـ يصدر خطاب الضمان دون قيد أو شرط ، على نحو يلتزم مصدره في مواجهة المستفيد ان يدفع له قيمته اذا طلبها خلال فترة محددة ٠ وقد يصدر الخطاب مشروطاً بحيث يعلق البنك التزامه بدفع قيمته للمستفيد على استيفاء شروط معينة حددها له العميل عندما طلب منه اصداره ، لان من الالتزامات التي تتقرر على عاتق البنك الضامن في مواجهة عميله : التحقق قبل الوفاء للمستفيد من توافر الشروط المنصوص عليها في الخطاب ٠

ونقرر من حيث المبدأ انه اذا كان الأصل في خطاب الضمان ان يصدر غير مشروط بمعنى ان لا يعلق الوفاء كالتزام على عاتق البنك بدفع قيمة الخطاب على تحقق واقعة خارجية ، فان ذلك لا يمنع ولا يتعارض مع تضمين الخطاب شروطاً يتم تحديدها والاتفاق عليها ، بحيث لا يفي البنك بقيمة الخطاب الا بعد التحقق من استيفائها أعمالاً لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين[١] والا جاز للعميل المعارضة في الوفاء على نحو يصبح البنك مسؤولاً في مواجهته عن تعويضه بقدر ما لحق به من ضرر[٢] ٠

ونناقش في المطلبين التاليين خطابات الضمان المشروطة وغير المشروطة ٠

---

(١) كما لو نص الخطاب على ان الوفاء لا يتم الا اذا قدم المستفيد مستندات معينة ، انظر في ذلك د٠ بفرالي نجاة : المرجع السابق ص ٥٥١ ٠

(٢) انظر حكم المحكمة التجارية بباريس بتاريخ ١٩٨١/٣/٢٤ وانظر وقائع الدعوى واسباب الحكم في المرجع السابق ص ٥٥٢ ٠

المطلب الأول

خطابات الضمان المشروطة

١١١ـ اذا علق البنك دفع قيمة خطاب الضمان على تحقق شروط معينة أو اثبات اخلال العميل في التزامه على نحو لا يلتزم بالوفاء الا اذا ثبت إخلال العميل بالتزامه في مواجهة المستفيد ، فان هذه الخطابات المشروطة تخرج عن صورة الخطابات ذات الخصائص التي ذكرناها من حيث انها تمثل مجرد التزام البنك بدفع مبلغ نقدي محدد ، وان هذا الالتزام مستقل عن التزام العميل في مواجهة المستفيد أو في مواجهة البنك وانه ليس تابعاً له ٠

وهكذا فان الشروط التي تلحق بخطابات الضمان اذا أثرت في طبيعتها القانونية باعتبار أن الالتزام فيها التزام بات ومنجز ، تخرجها من طائفة خطابات الضمان ، اما اذا كانت الشروط الواردة فيها لا تؤثر في طبيعتها القانونية وتبقي على خصائصها من حيث استقلالها وانها باته منجزة فيبقي لخطابات الضمان المشروطة بمثل هذه الشروط ذات الطبيعة القانونية التي حددناها وفق الخصائص التي تمتاز بها ومنها الكفاية الذاتية(١) ٠

كما وان الأصل في خطابات الضمان أنها تصدر غير مشروطة بمعنى ان لا يعلق التزام البنك بدفع قيمتها على تحقق واقعة خارجية لتبقى هذه الخطابات مستقلة ، والقول ان اشتراط دفع قيمة الخطاب على تحقق واقعة خارجية لا تنفي عن تعهد البنك استقلاله ، قول لا يستقيم مع التسليم بان للخطاب خصائص منها استقلاله وان الوفاء به لا يتوقف على واقعة خارجية عنه ٠

---

(١) انظر د٠ سميحة القليوبي : المرجع السابق ص ١٥ وتقول « ففي خطابات الضمان التى تعتبر بديلا عن الدفع النقدي يجب ان تكون غير مشروطة وان تتمثل في مجرد التزام البنك بدفع مبلغ نقدي محدد » ٠

ونسوق فيما يلي حكماً اصدرته احدى هيئات التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية بتاريخ ١٩/٢/١٩٨٥ بكل الوقائع والاسباب التي تضمنها .

قررت حكومة المملكة العربية السعودية أنشاء مدينة باسم « مدينة الملك خالد العسكرية » وعهدت الى مقاول بهذه العملية . وكان من بين التجهيزات التي يلزم وضعها في حجرات هذه المدينة دواليب للملابس ودواليب للأعمال المكتبية يقوم المقاول باستيرادها من الولايات المتحدة الامريكية . واتفق المقاول فعلاً مع شركة أمريكية على المواصفات والكميات والأسعار . ولكن هذه الشركة لم تكن تملك الدواليب التي تقوم بتوريدها فاتفقت مع شركتين أمريكيتين أخريين على اعداد وتوريد الكميات المطلوبة اليها . وقبل أن يبدأ تنفيذ هذا الاتفاق وقعت الشركات الثلاث في خلاف بينها لم يكن الجانب السعودي طرفاً فيه .

كان الخلاف اذن بين ثلاث شركات تنتمي الى دولة واحدة هي الولايات المتحدة الامريكية ، وهذا يبدو ملفتاً للنظر ، لانه يجري عادة في مثل هذه الحالة تحكيم محلي لا دولي أو يجري تحكيم عن طريق أحدى هيئات التحكيم الامريكية ولكن حال دون ذلك أن الاطراف كانوا متفقين في العقد على أن يكون الفصل في أي خلاف يقع بينهم من اختصاص غرفة التجارة الدولية بباريس وهذه الغرفة رغم أنها تعني بالتحكيم الدولي بصفة أساسية الا أنها لا تمانع في تشكيل هيئة تحكيم لنظر نزاع محلي بين أطراف وطنيين كما حدث في هذه القضية ما دامت هذه هي رغبة الاطراف .

أما كيف نشأ الخلاف بين الأطراف فذلك يرجع الى أن الشركة المشترية للدواليب اشترطت على الشركتين البائعتين أن تقدما اليها خطاب ضمان غير مشروط ونهائي قيمته عشرة في المائة من الثمن ، ويقدم هذا الخطاب خلال ١٥ يوماً من توقيع العقد وتقبله الشركة المشترية ، وارفق الأطراف بالعقد نموذجاً لخطاب الضمان المطلوب ، واذا ادخل البائعون مقاولين من الباطن في تنفيذ العملية فان هؤلاء المقاولين يلتزمون

أيضاً بتقديم هذا الضمان وبالمقابل تقوم المشترية بفتح اعتماد مستندي لصالح البائعين يكون نهائياً وقابلاً للتحويل ودائرياً (أي يتجدد تلقائياً) بنسبة ٢٥٪ من الثمن في كل مرة وتدفع قيمته بعد ٦٧ يوماً من تسليم المستندات للشركة المشترية ٠

وتنفيذاً لهذه الشروط قدم البائعون خطاب ضمان ورد به النص التالي : « **لا يسري هذا الخطاب الا من تاريخ فتح الاعتماد المستندي لصالح البائعين** » **ومعنى هذا أن البائعين علقوا سريان خطاب الضمان وبالتالي قبض قيمته على وجود اعتماد مفتوح لصالحهم** ، وهو أمر رفضته تماماً الشركة المشترية واعتبرته خطاب ضمان مشروط وطلبت خطاباً آخر غير مشروط لا يذكر فيه هذا الشرط ، وامتنعت عن فتح الاعتماد المستندي حتى يقدم ذلك الخطاب ٠ ولما طال الانتظار أعلنت فسخ العقد والتجاءها الى موردين آخرين لتشتري منهم الدواليب المطلوبة ٠

لجأت الشركتان البائعتان الى تقديم طلب تحكيم لغرفة التجارة الدولية بطلب اعتبار خطاب الضمان بصيغته المذكورة خطاباً غير مشروط واعتبار الشركة المشترية مخطئة في رفضة وفي فسخ العقد ، وفي أنها لم تقم بتنفيذ التزامها بفتح الاعتماد المستندي ، لان شرط التحكيم نص على أن يستمر الأطراف عند وقوع نزاع في تنفيذ التزاماتهم حتى يتم الفصل في النزاع عن طريق التحكيم أو تتم تسويته باتفاق بينهم ٠

رد الجانب المشتري بأن هيئة التحكيم غير مختصة لان العقد نص في موضع آخر على أن العقد يصبح نافذاً من وقت موافقة زبائن الشركة المشترية (أي الجانب السعودي) على الدواليب المقدمة وعلى الخامات المصنوعة منها وما دام توريد الدواليب لم يتم وبالتالي لم تتم الموافقة عليها ، فان العقد يعتبر أنه لم يصبح بعد نافذاً ، وبالتالي يعتبر شرط التحكيم غير نافذ ، وتكون هيئة التحكيم غير مختصة بنظر النزاع ٠

رفض المحكم هذه الحجة ، واعتبرها غير مقنعة ، وقال أن هذا الفهم للنص المشار اليه يؤدي الى نتائج لا يمكن أن يسلم بها الجانب البائع ،

لان هذا معناه أن الاعتماد المستندي الذي كانوا يطالبون به لا يمكن أن يفتح ما دام العقد الأصلي غير نافذ ومن ناحية أخرى يؤدي هذا الفهم الى القول بأن كل نزاع سابق على تسليم البضائع الى الزبائن السعوديين يعرض على المحاكم العادية ٠ وكل نزاع لاحق على التسليم يعرض على التحكيم عن طريق غرفة التجارة الدولية ٠ وهذا الفهم بعيد جدا عن النص الواضح الذي تضمن الالتجاء الى التحكيم في كل المراحل ، فقد جاء فيه : « كل الخلافات التي تنشأ عن هذا الاتفاق أو تكون متصلة به أو متعلقة بأي ادعاء بالاخلال به سوف يتم حسمها عن طريق التحكيم طبقاً لقواعد التوفيق والتحكيم بغرفة التجارة الدولية ويكون مقر التحكيم واشنطن ما لم يتفق الاطراف على مكان آخر واذا نشأ خلاف عن عقد الشراء هذا سيقوم الأطراف بالاستمرار في تنفيذ هذا العقد حتى يتم الاتفاق بينهم أو يصفي الخلاف عن طريق التحكيم » ٠ فهذه الصيغة لشرط التحكيم تؤكد أنه يشمل أي خلاف في أية مرحلة من المراحل اللاحقة على وضع هذا الشرط ولهذا رفض المحكم الدفع بعدم الاختصاص المقدم من الشركة المشترية ٠

ورغم رفض الدفع بعدم الاختصاص الا أن المحكم قد انتهى فيحكمة الى الحكم لصالح الشركة المشترية حيث اعتبر خطاب الضمان المقدم من الجانب البائع خطاباً مشروطاً واستند في ذلك الى الأسباب التالية ٠

أن التجارة الدولية تحتاج الى تشجيع الأطراف على صياغة شروطهم بوضوح لان هذه الشروط لها تأثير على اطراف آخرين كثيرين : عملاء ــ مقاولين من الباطن ــ منشآت مالية ٠ ولذلك فاننا عندما نحاول فهم شرط من هذه الشروط أو تفسيره نقيم وزناً للمعنى الموضوعي الشائع للمفهوم غير الواضح الذي لا تؤيده مستندات القضية ٠ ولذلك فان المعنى الشائع عن لفظة « غير المشروط » تعني « خطاب ضمان غير مقيد ولا متأثر بأي شرط » وبهذا المعنى يعتبر الخطاب المقدم من البائعين خطاباً مشروطاً ما دام غير سار الا اذا فتح الاعتماد المستندي ولا يجدي في هذا دفاع البائعين بأن الشرط هنا متوقف على ارادة الشركة المشترية

نفسها فهي التي تملك جعل خطاب الضمان سارياً بأن تفتح الاعتماد المستندي المطلوب ، فهذا الدفاع يتنافى مع ما هو متفق عليه في العقد من ضرورة اصدار خطاب الضمان قبل فتح الاعتماد المستندي بمدة وأن يكون هذا الخطاب خالياً من أي شرط ، والدليل على ذلك أن صيغة خطاب الضمان المرفقة بالعقد لم يكن وارداً بها شرط التعليق المشار اليه ٠

وقد عني المحكم بسؤال مندوبي الاطراف حول ظروف اصدار هذا الخطاب المشروط وانكر مندوبو الشركة المشترية موافقتهم على استصدار مثل هذا الخطاب ، وهكذا ثبت في حق الشركتين البائعتين وجود تقصير منهما في تنفيذ التزامهما بتقديم خطاب غير مشروط وينتج عن ذلك أن الشركة المشترية يحق لها أن ترفض فتح اعتماد مستندي لصالحهما وأن تعتبر هذا مبرراً لاعمال الفسخ والالتجاء الى موردين آخرين ٠

أما دفاع الشركتين البائعتين بأن العقد يلزم الأطراف بتنفيذ التزاماتهم حتى يتم حسم الخلاف رضاء أو قضاء عن طريق التحكيم ، فهذا غير صحيح ، لان شرط التحكيم اعتبار كل نزاع ينشأ عن العقد أو يكون متصلا به يخضع للتحكيم ولم ينص الشرط على الاستمرار في تنفيذ الالتزامات الا بصدد فرض معين جاء في نهاية شرط التحكيم الذي ذكرنا صيغته فيما تقدم ، وهذا الفرض قصد به تنفيذ عملية الشراء ، بمعنى أنه بعد أن يتم تبادل خطاب الضمان والاعتماد المستندي ويبدأ تبادل الاداءات المتقابلة وهي الثمن والبضائع عندئذ لا يعطل الخلاف تبادل الاداءات وانما يستمر ذلك حتى يتم حل الخلاف بالتراضي أو بالتقاضي عن طريق التحكيم فهذا النص يتعلق بالاستمرار في حالة تنفيذ التزامات المرحلة الأخيرة أما في المرحلة الأولى التي وقع فيها الخلاف على الخطاب غير المشروط فان الفسخ يمكن أن يقع وبالتالي لا يمكن أن يستمر تنفيذ العقد المفسوخ ٠ ووزع المحكم مصاريف التحكيم مناصفة بين الجانبين البائع والمشتري واعتبر كل جانب متحملا بالمصاريف الخاصة به فيما يتعلق بالمحامين الحاضرين عنه وانتقالاتهم وما الى ذلك من النفقات ٠

المطلب الثاني

خطابات الضمان غير المشروطة

١١٢ـ الأصل ان تصدر خطابات الضمان بدون قيد أو شرط وان لا يتوقف الوفاء بها على واقعة خارجية ، ولا على تحقق شرط أو حلول أجل ، واذا ارتبط الوفاء بقيمتها باية واقعة خارجية فلا نكون بصدد خطاب الضمان ، لان علاقة البنك بالمستفيد الذي صدر خطاب الضمان لاجله هي علاقة منفصلة عن علاقته بالعميل ولا يحكمها غير الخطاب ، وان مضمونه يحدد التزام البنك الذي أصدره ٠

وهكذا نجد ان تعليق تنفيذ التزام البنك على تحقق شرط يقلل من اهمية الخطابات وكفاءتها في الحياة التجارية ويحد من الاعتماد عليها ، لان الشروط اذا وردت في هذه الخطابات تعتبر دفاعاً للعميل يحتمي خلفه[1] ويكون عمله بالمعارضة في وفاء البنك لقيمة الخطاب تعسفياً اذا قام به ، حتى ولو كان في ذلك تيسيراً له يمكنه من الرجوع على المستفيد ٠

لذلك نجد ان خطابات الضمان لا تتنوع الى مشروطة وغير مشروطة لان الأصل ان خطابات الضمان غير مشروطة واذا وردت مشروطة فانها تخرج عن كونها خطابات ضمان ولو بقيت احدى صور الكفالة المصرفية[2] ، وتأسيساً على ذلك نرى ان على البنك ان يتجنب بعض الشروط التي تؤثر في طبيعة خطابات الضمان ، كان يرد فيها انه يجوز

---

(١) ذهب بعض الفقه الى الاعتراف بخطابات الضمان المشروطة تأسيساً على ان الشروط التي يعلق على تحققها تنفيذ التزام البنك لا تؤثر في طبيعته القانونية وان هذه الشروط ولو كانت مستمدة من واقعة خارجية فهي التي يجب ان لا يحتمي خلفها العميل ليمتنع بصورة تعسفية عن دفع قيمة الخطاب ، انظر في ذلك د٠ علي جمال الدين عوض : عمليات البنوك ٠ المرجع السابق ص ٥١٠ ٠ د٠ رضا عبيد : المرجع السابق ص ٦٦٠ ٠

(٢) Karen P. Will kams Lioyd, s Maritime and Commercial Law - London August, 1983, P. 423.

للمستفيد ان يطلب قيمة الخطاب اذا كانت البضاعة غير مطابقة للمواصفات لانه ان فعل يكون ورط نفسه في المنازعات التي قد تثور فيما بين العميل والمستفيد ، أو ان تتضمن الخطابات شرطاً يوجب على المستفيد تقديم مستندات تتضمن اخلال العميل بالالتزام[٣] ، اذ في ذلك اقحام للبنك في منازعات هو في غنى عنها ، سيما وانه ليس طرفاً في العقد المبرم بين العميل والمستفيد ، وان هذا العقد ليس جزءاً من خطاب الضمان رغم انه عقد الأساس الذي صدر بعد ابرامه خطاب الضمان .

(٣) يسهل على المستفيد ان يقدم مستنداً من أحد الخبراء يتضمن ان العميل لم ينفذ التزامه على الوجه الصحيح ، وان هذا التنفيذ خالف بعض الشروط ، وأيضاً يسهل على العميل ذاته ان يقدم عكس ما قدمه المستفيد ، فما هو الحل هل يصبح البنك حكماً بينهما ، لذلك يستحسن ان لا يتدخل البنك ، ويبتعد عن اصدار خطابات الضمان المشروطة .

المبحث الثاني

خطابات الضمان الابتدائية والنهائية

١١٣ـ يصدر هذا النوع من الخطابات على نطاق واسع لصالح الجهات الحكومية والشركات التي تتعاقد في عقود المقاولات والاستيراد والتصدير. وتستخدم هذه الخطابات في هذه المجالات على مرحلتين من مراحل العلاقة فيما بين العميل والمستفيد . اذ في المرحلة الأولى يتقدم العميل بخطاب الضمان الابتدائي ليعرب عن حسن نيته في التعامل أو جديته في الدخول في مناقصة أو مزايدة أو مقاولة وبالعموم الدخول في عطاء ، حتى اذا أحيل عليه العطاء استبدل بهذا الخطاب غيره ، والأخير هو خطاب الضمان النهائي الذي يصدر بعد ابرام عقد الأساس فيما بين العميل والمستفيد والذي تضمن في شروطه التزام العميل (المقاول) ان يقدم للمستفيد (صاحب العمل) خطاب الضمان بصورته النهائية وفق شروط عقد الأساس . ونتحدث في المطلبين التاليين عن هذين النوعين من خطابات الضمان[1] .

---

(١) يرى البعض من الفقه تقسيم خطابات الضمان بحسب نوع الالتزام المضمون كما يلي :
النوع الأول ـ خطابات ضمان المناقصات والمزايدات
Tender and Performance guarantee

النوع الثاني ـ خطابات الضمان الابتدائية
Provisional letter of guarantee, bid bond

وخطاب الضمان النهائي أو ضمان حسن التنفيذ .
Garantie de bonne execution, Performance garantee

انظر في ذلك . د. علي جمال الدين عوض : خطابات الضمان . المرجع السابق ص ٢٤ . وقرر ان هناك نوعين من خطابات الضمان هما خطاب ضمان الدفعات المقدمة وخطاب ضمان الأشياء المعطاة للمقاول ويرى تقسيم الخطابات وفق ما ذكر بحسب الالتزام المضمون .

المطلب الأول

خطابات الضمان الابتدائية

١١٤ـ تتضمن المناقصات والمزايدات التي تعلنها الجهات الحكومية والمؤسسات والشركات شروطاً من بينها ان يرفق من يريد الاشتراك في العطاء المعلن عنه خطاب ضمان بقيمة معينة يدلل فيه على جديته بما يطمئن الجهة المعلنة الى ان من تقدم لهذه المناقصة لن يتراجع حتى ولو تغيرت الأسعار ٠

وخطاب الضمان الابتدائي بديل عن التأمين النقدي ، وهو دليل حسن نيـة مقدم العطاء ورغبته في الفـوز بالمشروع المعلـن عنـه ، وهو ابتدائي لانه لا يمثل الا نسبة ضئيلة من حجم المشروع لا يتجاوز في كثير من الحالات ١٠٪ ، ولان مقدمة يسترده اذا أحيل العطاء على غيره بالاضافة الى ان الغرض منه ينتهي سواء باحالة مشروع العطاء على مقدمه أو غيره ، لانه اذا احيل العطاء على مقدم خطاب الضمان الابتدائي فيتعين على هذا الأخير ان يستبدل به خطاب ضمان نهائي ، اما اذا احيل على غيره فلا يبقى أمامه سوى استرداده[١] ٠

وهذا النوع من الخطابات تكون مدة سريانه قصيرة تنتهي باحالة العطاء وهي في معظم الحالات لا تزيد عن ثلاثة اشهر[٢] ٠

وهذه الخطابات يرفقها العميل بالعطاء المقدم منه بفرض دخول المزايدة أو المناقصة ، وهو ما يمثل نسبة معينة من قيمة العطاء من قبيل

---

(١) انظر د٠ علي جمال الدين عوض : خطابات الضمان ٠ المرجع السابق ص ٢٥ ٠ د٠ حياة شحاته : المرجع السابق ص ٢٩٥ ٠

(٢) انظر د٠ محمود سمير الشرقاوي : المرجع السابق ص ٥٦٦ ويقول « ولا تقل مدة سريان الخطاب عن ثلاثين يوماً بعد انتهاء المدة المحددة لسريان العطاء ، وغالباً ما تكون مدة صلاحية الخطاب ثلاثة شهور من تاريخ المناقصة » ٠

التدليل على جديته في تحمل الالتزام ، وبهذا الخطاب تطمئن الجهة صاحبة المشروع الى ان مقدم مثل هذا النوع من الخطابات لن يرجع عن عزمه اذا ما أحيل العطاء عليه ، ولو تغيرت الأسعار ·

وسمي هذا النوع من الخطابات ابتدائي ، لان الغرض منه ينتهي بعدم رسو العطاء على العميل مقدم الخطاب ، أو برسو هذا العطاء · وفي الحالة الأولى يسترد العميل الخطاب لانتهاء الغرض منه وفي الحالة الثانية يسترده لانه يستبدل به غيره ضماناً انتهائياً ، وان العميل اذا تنصل أو تراجع عن ابرام العقد بعد ان أحيل عليه العطاء فان الجهة المستفيدة من خطاب الضمان الابتدائي تصادر قيمته وهي محقة في ذلك ·

المطلب الثاني

خطابات الضمان النهائية

١١٥ـ بانتهاء المرحلة الأولى من مرحلتي طرح العطاء للمزايدة أو المناقصة باحالته على أحد المتقدمين ينتهي أثر خطاب الضمان الابتدائي باعادته الى مقدمة اذا كان العطاء قد أحيل على آخر ، أو استبدال غيره به اذا أحيل العطاء على مقدم خطاب الضمان الابتدائي ، وانه اذا انتهت المرحلة الأولى وأحيل العطاء على مقدم خطاب الضمان الابتدائي فان هذا الشخص يبرم عقداً مع صاحب المشروع يكون من التزاماته ان يتقدم بخطاب ضمان نهائي يضمن بموجبه حسن التنفيذ ، حتى اذا لم يتحقق ذلك يصبح من حق صاحب المشروع المطالبة بقيمة الخطاب من البنك الذي أصدره ٠

وهذا النوع من الخطابات يضمن بموجبه العميل حسن تنفيذ المشروع أو النهاية الحسنة ، كما ويضمن الدفعة الأولى التي يحصل عليها عند ابرام العقد ، اذ كثيراً ما يحصل في العقود التي تبرم فيما بين الجهات الحكومية أو المؤسسات أو الشركات وبين المقاولين ، ان تتضمن هذه العقود التزام الجهات الحكومية أو المؤسسة أو الشركة بدفع مبالغ من النقود كدفعة أولى للمقاول لكي يباشر العمل ٠

وتحصل هذه الصورة في عمليات الاستيراد عندما تبرم مصلحة حكومية أو مؤسسة مع مقاول عقداً لاستيراد بضائع من الخارج وتدفع هذه الجهة أو المؤسسة الى المقاول دفعة أولى على الحساب ، ونتيجة لذلك يتقدم هذا المقاول بخطاب ضمان الدفعة المقدمة (Repayment garantees) التي يحصل عليها بمناسبة حاجته لمبالغ تدفع مقدماً يتمكن على أساسها من تمويل العطاء الذي ابرم عقداً لتنفيذه(١) ٠

---

(١) انظر فؤاد مصطفى محمود : التصدير والاستيراد علمياً وعملياً ط ١٩٧٨ ص ٣٤٤ ٠
محمد طاهر المشري : خطابات الضمان ٠ معهد الدراسات المصرفية ٠ القاهرة ١٩٧١ ٠
وانظر د٠ علي جمال الدين عوض : المرجع السابق ص ٢٥ ويقول « والمقصود بهذا الضمان هو ضمان حسن تنفيذ العملية ومطابقتها لشروط العقد ، لذلك فلا بد ان تستمر صلاحية هذا الضمان لحين الانتهاء من التنفيذ أو توريد البضاعة مع فترة تسمح بالتأكد من سلامة التنفيذ أو استلام البضاعة ، وكذلك فترة الضمان اذا كان العقد خاصاً بتركيب آلات لتجربتها والتأكد من سلامة المشروع » ٠

المبحث الثالث

خطابات الضمان الداخلية والخارجية

١١٦- تحدثنا فيما سبق عن الكفالة المصرفية الداخلية والخارجية ، وقلنا ان الخارجية نوعان وطنية وأجنبية ، وان الوطنية هي التي يصدرها أحد البنوك المحلية في الدولة بناء على طلب عميل فيها سواء كان المستفيد منها داخل البلاد أم خارجها ، وان الأجنبية هي التي يصدرها أحد البنوك المحلية بناء على طلب بنك أجنبي أو أحد فروع البنك المحلي أو الأجنبي ، وقد تصدر عن بنك أجنبي ويتوسط أحد البنوك المحلية بابلاغها للمستفيد أو يعزز توقيع البنك الأجنبي بحيث يلتزم وفاء قيمتها اذا تحققت شروط معينـــة •

ولتشابه مجالات استخدام الكفالة المصرفية بمجالات استخدام خطابات الضمان ، ولان خطابات الضمان في الأصل صورة للكفالة المصرفية ، فلا تختلف طبيعة الكفالات والخطابات من حيث كونها وطنية أو أجنبية الا بالخصائص المميزة لكلا النوعين ، ونحيل الى ما ذكرناه عن الكفالة المصرفية[1] ونتحدث فيما يلي عن خطابات الضمان الداخلية والخارجية في المطلبين التاليين •

---

(١) انظر ما سبق • الكفالات الخارجية الوطنية والأجنبية ص ٤٣ وما بعدها •

المطلب الأول

خطابات الضمان الداخلية

١١٧ـ تحدثنا عن اطراف عملية خطابات الضمان وقلنا ان العلاقة فيما بين العميل والمستفيد أدت الى طلب العميل من البنك تقديم ضمان الى المستفيد ، ويقوم البنك باصدار خطاب الضمان لصالح المستفيد بحيث يتعهد من خلاله ان يقوم بدفع مبلغ معين من النقود أو قابل للتعيين عند أول طلب خلال مدة محددة ٠

ويجري التمييز فيما بين الخطابات الداخلية والخارجية من خلال النظر الى اطراف العملية ، ذلك انه اذا كان العميل والمستفيد مقيمين فنكون بصدد خطاب ضمان داخلي اما اذا كان أحدهما مقيماً والآخر غير مقيم فتكون بصدد خطاب ضمان خارجي(١) ٠

وخطابات الضمان الداخلية يصدرها البنك المحلي بناء على طلب أحد عملائه من المواطنين في الأردن ، أو بناءعلى طلب أحد عملائه في الخارج على ان يكون المستفيد من هذا الخطاب موجوداً في الأردن ، ومن هذا النوع من الخطابات يصدر لضمان الدفعات المدفوعة مقدماً ، أو المقدمة لدائرة الجمارك لضمان اعادة تصدير البضاعة التي دخلت بهدف اعادة تصديرها ، أو التي تصدر لضمان النهاية الحسنة لتنفيذ العطاء ، وكل أنواع الخطابات الابتدائية والنهائية شريطة ان لا يداخل اطرافها عنصر غير مقيم ٠

---

(١) يسمى خطاب الضمان الذي لا يداخله عنصر غير مقيم (المستفيد والعميل) خطاب الضمان الداخلي ٠ ولا نطلق غير المقيم على الأجنبي دائماً لانه من الجائز ان لا يكون الأجنبي غير مقيم اذا مكث مدة من الزمن في الأردن ، وهناك اجراءات وتعليمات محددة وفق أحكام قانون البنك المركزي وقانون البنوك يستدل منها على صفة غير المقيم ٠

وفي هذه الأنواع من الخطابات يصدر البنك خطاب الضمان لحساب العميل بحيث يكون المستفيد والعميل مقيمين في الأردن ، وان الأول يلتزم في مواجهة الثاني بتنفيذ التزام معين هو الذي كان سبباً في اصدار البنك لهذا الخطاب(٢) ٠

وأخيراً فان معيار التميز فيما بين خطابات الضمان الداخلية والخارجية هو وجود عنصر غير المقيم ونحيل الى تفريعات خطابات الضمان الداخلية (المحلية) الى ما سبق ٠

---

(٢) انظر في أنواع الخطابات المحلية ٠ حسن أنور طه حبيب : الكفالة المصرفية وخطابات الضمان ٠ معهد الدراسات المصرفية ٠ البنك المركزي المصري ط ١٩٦٨ ص ١٥ وراجع تفصيلا د٠ محي الدين اسماعيل علم الدين : المرجع السابق ص ٥٤٤ وما بعدها ٠ د٠ سميحة القليوبي : المرجع السابق ص ١٨ ٠

المطلب الثاني

خطابات الضمان الخارجية

ان مجالات استخدام خطابات الضمان الخارجية لا تخرج عن النطاق العام لمجالات استخدام الخطابات والكفالات ، غير ان هذا النوع منها قد يصدر بمناسبة المعاهدات والاتفاقيات التي تنعقد فيما بين دولتين . وتصدر اما بناء على طلب عميل غير مقيم لصالح مستفيد مقيم واما بناء على طلب مقيم لصالح مستفيد غير مقيم .

لذا سنناقش في الفقرات الأربع التالية هذا النوع من الخطابات ، وسيكون حديثنا في الفقرة الأخيرة عن الضمان المقابل الذي يلتزم به البنك الأجنبي عندما يطلب من بنك محلي اصدار خطاب ضمان لصالح مستفيد يعينه له .

١١٨ـ الخطابات التي تصدر لصالح مستفيد مقيم :

هي التي يطلب اصدارها شخص أجنبي غير مقيم لصالح شخص مقيم في الأردن ، ومثال ذلك انه اذا أحيل عطاء على أجنبي غير مقيم وكان من شروط محيل العطاء تقديم خطاب ضمان تأميناً لحسن التنفيذ أو ضماناً للدفعة المقدمة سلفاً أو غير ذلك ، فان الأجنبي يلجأ الى البنك الذي يتعامل معه في الخارج ، ويطلب اليه ان يقدم ضمانه باصدار خطاب لصالح المستفيد في الأردن . وفي هذه الحالة يصدر الخطاب ويسمى خطاب القضمان الخارجي (الأجنبي) .

وتتعدد الصور التي يصدر بها خطاب الضمان الخارجي ، ذلك انه قد يشترط محيل العطاء في المثال السابق على الأجنبي الذي أحيل عليه العطاء ان يكون الضمان صادراً من بنك محلي ، لاعتبارات يرى فيها مصلحته[1] ، فيصدر البنك الأجنبي خطاب الضمان ويرسله الى أحد البنوك

---

(١) عندما يشترط المستفيد ان يكون الضمان الذي يصدر لصالحه من بنك محلي ، فذلك لانه يحقق له سهولة استيفاء قيمة الخطاب بيسر بالاضافة الى ان التقاضي عند نشوب نزاع يكون من اختصاص القضاء الأردني الذي يرى فيه المستفيد في الأردن أسهل وايسر له في الحصول على حقه بسرعة بالاضافة الى خوفه من اللجوء الى القضاء الأجنبي بسبب زيادة النفقات وأحياناً عدم ثقته .

المحلية التي يتعامل معها ، ويطلب اليه ان يسلمه الى المستفيد بعد التصديق عليه بما يعني اضافة التزامه الى جانب التزام البنك الأجنبي في مواجهة المستفيد ، أو يطلب البنك الأجنبي من البنك المحلي الذي يتعامل معه اصدار خطاب الضمان الذي طلبه عميله لصالح المستفيد في الأردن ، ويكون اصدار البنك المحلي لمثل هذا الخطاب ملزماً له ، رغم انه يقوم بذلك نيابة عن البنك الأجنبي ٠

ومثل هذا الالتزام من جانب البنك المحلي في مواجهة المستفيد يقوم به ويتعهد وفاءه دون ان يطلب من البنك الأجنبي غطاء لقيمته ، لانه في الغالب يكون البنكان المحلي والأجنبي محكومين بترتيبات مصرفية ناتجة عن اتفاقيات فيما بين البنوك المركزية لكلا البلدين ، بالاضافة الى ان البنك المحلي يصدر الخطاب بعد ان يتلقى من البنك الأجنبي خطاباً يتعهد فيه ان يدفع عند أول طلب كل ما يتحمله نتيجة الضمان وهو ما يسمى بالضمان المقابل (Counter guarantee) وهكذا يمكن ان نطلق على هذا النوع من خطابات الضمان الخارجية الخطابات الواردة ، بمعنى انها ترد لصالح مستفيد مقيم في الأردن ، وقد يلجأ العميل غير المقيم الذي طلب اليه من المستفيد ان يقدم خطاب ضمان الى أحد البنوك المحلية مباشرة ، وبمثل هذه الحالة يصدر البنك المحلي خطاب ضمان لصالح مستفيد مقيم بناء على طلب عميل له غير مقيم ٠

وكذلك لا يمكن ان يصدر خطاب الضمان الا بغطاء كامل ، بمعنى ان العميل يقدم قيمة الخطاب الى البنك الذي سيتعهد وفاءه وعمولته وأية مصاريف تضاف اليه[٢] ٠

ويثور بشأن خطابات الضمان الواردة بعض المسائل مثل العملة التي يتعين الوفاء بها ، ولغة هذه الخطابات وتعديل مدتها أو قيمتها ،

---

(٢) د٠ محي الدين اسماعيل علم الدين : المرجع السابق ص ٥٥٨ ٠

وهذه المسائل يمكن معالجتها اذا كانت متعلقة بقيمة الخطاب أو مدة سريانه ، ذلك ان قيمة الخطاب يمكن تعديلها بالزيادة أو النقصان بموافقة المستفيد ومصدر الخطاب اذا كان ذلك بطلب العميل ، لانه اذا نشأت فيما بين العميل والمستفيد علاقات طلب على أساسها الأخير زيادة قيمة الخطاب فيلجأ المقاول العميل الى البنك الأجنبي ليطلب اليه ذلك ، فاذا وافق فلا بد من موافقة البنك المحلي الذي يتعامل مع البنك الأجنبي بحدود معينة هي السقف الذي لا يتجاوزه لضمان العميل ، سيما وكما ذكرنا ان البنك الأجنبي لا يغطي قيمة الخطاب الا بتعهد منه بدفع ما يتحمله البنك المحلي نتيجة تصديقه أو اصداره لخطاب الضمان ٠

أما ما يتعلق بتمديد مدة سريان الخطاب فهو ذات شأن زيادة قيمة الخطاب أو انقاصه من حيث أنها تخضع لموافقة اطراف عملية اصداره ٠

وخطاب الضمان اذا صدر من البنك المحلي فيصدر باللغة العربية ، وتكون هي المرجع عند حصول نزاع باعتبار النص في اللغة العربية هو الذي يعتمد واذا ارسل البنك المحلي ترجمة للخطاب الى البنك الأجنبي بلغة أجنبية فيبقى النص باللغة العربية هو المعتمد عند حدوث نزاع(٣) ٠

أما العملة التي يصدر بها خطاب الضمان من البنك المحلي فتكون بنوعها الذي طلبه البنك الأجنبي بحيث يتعهد البنك المحلي ان يدفع بالعملة الأجنبية التي حددها البنك الأجنبي ، الا انه اذا استحق خطاب الضمان وطالبه المستفيد بقيمته فان الوفاء يكون بالعملة الوطنية على أساس سعر التعادل الرسمي الذي يحدده البنك المركزي ٠

---

(٣) يستحسن ان يشترط البنك المحلي على البنك الأجنبي ان النص العربي الذي صدر به الخطاب هو المعتمد عند حدوث نزاع ٠ ومع ذلك فان البنك المحلي يقوم باصدار خطاب الضمان نيابة عن الأجنبي فهو بالاضافة الى انه لا يجوز ان يتجاوز حدود نيابته فانه في الوقت ذاته يتصرف بناء على طلب البنك الأجنبي كنائب عنه على نحو يتحمل المنيب آثار عمل النائب ٠ انظر د٠ علي جمال الدين عوض : المرجع السابق ص ٣٩ ٠

ويحدث في بعض الأحيان ان يصدر البنك المحلي خطاب الضمان بالعملة الأردنية وانه اذا استحق الضمان فانه يدفع قيمته كما وردت بهذه العملة ، ويعود بما دفع على البنك الأجنبي بحيث يدفع الأخير بالعملة الأجنبية ما يعادل المدفوع بالعملة الأردنية ، ويثور التساؤل حول تاريخ احتساب سعر التعادل هل يكون بتاريخ اصدار الخطاب أم بتاريخ دفع قيمته ، وتحتاط البنوك المحلية لهذه الناحية وتشترط على البنوك الأجنبية ان يحسب سعر تعادل العملة بتاريخ الدفع اذا طرأ أي تغير على السعر عما كان عليه وقت اصدار الخطاب(٤) .

١١٩- الخطابات التي تصدر لصالح مستفيد غير مقيم :

يكون المستفيد غير مقيم اذا كان في الخارج ، وبهذا المعنى يكون المستفيد قد احال عطاء على شخص مقيم في الأردن وطلب اليه ان يقدم خطاب ضمان للسبب الذي يحدده ، كحسن تنفيذ العملية أو لضمان الدفعة المقدمة سلفاً ، وقد يكون المستفيد هو المصدر الأجنبي الذي يبيع لمستورد في الأردن بضائع لا يدفع كل ثمنها ، ويشترط ان يقدم الأردني خطاب ضمان للوفاء بباقي المبلغ المؤجل .

وهكذا يصدر البنك المحلي الخطاب بعكس الصورة التي قام بها عندما طلب اليه البنك الأجنبي ان يصدق خطاب ضمان أصدره أو قام نيابة عنه في اصداره ، وبهذه الصورة من الخطابات يطلب البنك المحلي من احد البنوك الأجنبية في بلد المستفيد ان يصدق خطاب الضمان الذي اصدره أو يصدر هو خطاب الضمان حسب شروط المستفيد المتفق عليها مع العميل .

وعلى هذا الأساس لا يكون بوسع البنك الأجنبي اذا اصدر خطاب الضمان الا الالتزام بما تعهد به ويعود على البنك المحلي اذا وفى قيمة

---

(٤) راجع د. علي جمال الدين عوض : المرجع السابق ص ٣٩ . د. محي الدين اسماعيل علم الدين : المرجع السابق ص ٥٥٨ . وانظر د. سميحة القليوبي : المرجع السابق ص ١٩ هامش ٣ وتقول « ويلجأ البنك عادة في مثل هذه الخطابات الى الحصول على تعهد من عميله بتحمل فرق العملة التي قد تنشأ نتيجة تغيير سعر الصرف » .

الخطاب ، ولعل المسائل والمشاكل التي يجب التصدي لها ومحاولة تجنبها أصبحت في الغالب من الأحيان تقلق البنوك التي تتعامل بخطاب الضمان ٠

وينتج ذلك عن التخوف التي يساور المستفيد من عدة نواحي :

الأولى : يخشى المستفيد اذا انتهى سريان خطاب الضمان ان تطرأ صعوبات كان الخطاب يغطيها ٠

الثانية : يخشى المستفيد من طول اجراءات التقاضي عندما تنتهي مدة سريان الخطاب ٠

الثالثة : نتيجة الشك الذي يساور المستفيد فانه يلجأ وفي وقت مبكر الى المطالبة بقيمة الخطاب ، أو طلب تمديد مدته أو زيادة قيمته ٠

الرابعة : ان معظم العلاقات التجارية الدولية المنظمة بموجب عقود تتضمن شرطاً باحالة أي نزاع ينشأ عن هذه العلاقات الى تحكيم دولي لدى هيئات تحكيم متخصصة مثل غرفة تجارة لندن ، أو غرفة التجارة الدولية في باريس ، وهو أمر مكلف بالنسبة للعميل الوطني ، ومن جهة ثانية فان هذه العلاقات قد تتضمن احالة النزاع الى محاكم أجنبية ينطبق بشأنها ما ذكرناه بشأن التحكيم الدولي من حيث النفقات والمسافة وجهل العميل في القوانين الأجنبية وأصول التقاضي ٠

هذه المسائل وغيرها تدفع بالمستفيد الى المطالبة بقيمة خطاب الضمان في وقت مبكر أو طلب تمديد مدته حتى لو تم تسليم المشروع أو البضاعة ٠

١٢٠ــ اشتراك البنك المركزي في اصدار خطابات الضمان :

قد يشترط المستفيد غير المقيم ان يصدر خطاب الضمان من البنك المركزي أو بالمشاركة فيما بينه وبين البنك المحلي ، وبمثل هذه الحالة يعزز البنك المركزي اعتمادات البنوك المحلية على أساس انه ضامن لما

تعهدت به ، وهو اذ يفعل ذلك يكون مطمئناً الى ان الضمان الذي يقدمه مغطى باكبر من قيمته ، على أساس ان البنوك المحلية تحتفظ بنسبة من ودائعها لديه بصورة الزامية وفق أحكام القانون(٥) .

١٢١- الضمان المقابل :

الغطاء هو الضمان الذي يطلبه البنك من عميله ليؤمن به نفسه من أية مخاطر اذا ما طلب منه سداد قيمة خطاب الضمان . هذا من جهة العميل ، أما من جهة البنوك فيما بينها ، فانه وكما جرى عليه العرف اذا اصدر أحد البنوك المحلية خطاب الضمان بناء على طلب بنك أجنبي فانه اما ان يصدره دون غطاء (على المكشوف) وهو ما يحصل اذا كان البنك الأجنبي من الدرجة الأولى ، واما ان يكون البنك الأجنبي من غير بنوك الدرجة الأولى فيتوجب ان يقدم ضماناً مقابلاً (Counter guarantee) كان يضمنه أحد البنوك الكبيرة من الدرجة الأولى .

ويتعهد الأخير بتعويض البنك المحلي عن جميع الأضرار التي قد تلحق به فيما لو دفع للمستفيد خطاب الضمان الذي أصدره بناء على طلب من البنك الأجنبي .

ولتوضيح ذلك نقول ، انه لو تقدم أجنبي بعطاء لدخول مناقصة أو مزايدة ، وأحيل عليه العطاء فانه يحتاج الى تقديم خطاب ضمان لحسن تنفيذ التزامه ، أو لضمان الدفعة الأولى التي قد يحصل عليها قبل بدء التنفيذ ، فاذا كان العميل مقيماً في الخارج فيلجأ الى البنك الذي يتعامل معه لاصدار خطاب الضمان لصالح المستفيد في الأردن ، وهذا

---

(٥) د. علي جمال الدين عوض : المرجع السابق ص ٤٢ . وانظر نص المادة ٣٧ فقرة أ من قانون البنك المركزي وتنص على انه « يفتح البنك المركزي حسابات للبنوك المرخصة ويقبل ودائعها ... » وأيضاً المادة ٤٢ فقرة أ من ذات القانون وتنص على انه « على البنك المركزي ان يطلب من البنوك المرخصة ايداع احتياطي نقدي الزامي لديه بنسبة أو نسب معينة من ودائعها المختلفة على ان لا تقل هذه النسبة أو النسب عن ٥٪ ولا تزيد عن ٣٥٪ ... الخ » .

البنك اما ان يصدر خطاب ضمان ويرسله الى أحد البنوك المحلية للاشتراك معه في الضمان أو انه يطلب الى أحد البنوك المحلية اصدار خطاب الضمان لصالح المستفيد.

وفي الحالتين لا يضع البنك الأجنبي غطاء لخطاب الضمان ، بل تقتصر علاقته على تعهد بدفع ما يتحمله البنك المراسل نتيجة اصداره خطاب الضمان أو الاشتراك في اصداره . وهذا التعهد يسمى الضمان المقابل[٦] وكذلك الآمر بشأن خطاب الضمان الصادر لصالح مستفيد غير مقيم والذي على أساسه يلجأ العميل المقيم الى أحد البنوك المحلية لاصدار خطاب ضمان لصالح مستفيد غير مقيم ، ويقوم البنك المحلي بتلبية طلب عميله باحدى صورتين .

الأولى : اصدار خطاب ضمان يشترك في اصداره بنك اجنبي في بلد المستفيد .

الثانية : تكليف احد البنوك الأجنبية باصدار خطاب الضمان .

وفي الحالتين يتعهد البنك المحلي للبنك الأجنبي ان يدفع له كل ما يتحمله نتيجة اصدار خطاب الضمان ، وفي الفرضين السابقين يوجد تشابه مع الاعتماد المستندي ، اذ يكون البنك المحلي أما وسيطاً يبلغ المستفيد ان البنك فاتح الاعتماد ابلغه بفتح الاعتماد لصالحه ، وأما مؤيداً يلتزم نتيجة تأييده بان يضمن الوفاء .

وهكذا يتحقق ضمان البنك في صورتين تمثل كل صورة التزاماً مستقلاً على النحو التالي :

- **ضمان البنك مصدر خطاب الضمان ويسمى الضمان الأول .**
- **ضمان البنك الذي طلب الى البنك الأول اصدار الخطاب ويسمى الضمان هنا بالضمان المقابل .**

---

(٦) انظر د. محي الدين اسماعيل علم الدين : المرجع السابق ص ٥٥٧ ويقول « ويسمى هذا التعهد الضمان المقابل ويجب ان يكون غير مشروط » .

وهذان النوعان من الضمان مستقلان عن عقد الأساس وكذلك يستقل كل منهما عن الآخر ، لان الآمر باصدار خطاب الضمان وهو العميل يرتبط بالبنك الأول ، ولا علاقة له بالبنك الثاني ، ولان المستفيد يرتبط بالبنك الثاني الذي اصدر خطاب الضمان لصالحه ولا شأن له بالبنك الأول ٠

اما البنكان الأول والثاني ، فيرتبطان بعلاقة منفصلة عن العقود السابقة ، وهي علاقة خاصة أساسها الضمان المقابل كأثر لتعهد البنك الثاني ، وانه اذا طالب المستفيد بقيمة خطاب الضمان من البنك الذي تعهد له الوفاء وهو الضامن الثاني ، فما على هذا البنك سوى الدفع ، وفي الوقت ذاته له حق في الضمان المقابل ، ويمكنه المطالبة به ولا يكلف باثبات أي أمر سوى ان المستفيد طالبه بالوفاء ، وانه دفع فعلاً[٧] ٠

وقرر القضاء الفرنسي في هذا الخصوص ان الضمان المقابل مستقل ومنفصل عن الضمان الأول ، ويرتبط الملتزم بهذا الضمان بعلاقة قانونية مع البنك طالب فتح الاعتماد وهي علاقة خاصة تختلف عن تلك التي يرتبط بها البنك الذي طلب اليه عميله اصدار خطاب الضمان مع هذا العميل ٠ وهكذا ارتبط البنك الأول بالبنك الثاني بعلاقة خاصة تمثلت بالضمان المقابل وان كل من هذه العلاقات مستقل عن العلاقة الأخرى ولا يتسرب دفع في علاقة منها الى علاقة آخرى[٨] ٠

---

(٧) يرى البعض ان حق البنك الثاني في مطالبة البنك الأول بقيمة الضمان المقابل ينشأ بمجرد مطالبة المستفيد ، بمعنى انه طالما وجه المستفيد مطالبته للبنك الذي اصدر الخطاب ليطلب منه دفع قيمة الخطاب يستطع هذا البنك ان يوجه الى البنك الضامن مطالبته ليدفع الأخير قيمة الخطاب الذي تعهد الوفاء به ، ونرى خلاف ذلك ، ونقول ان البنك الثاني يستطيع مطالبة البنك الأول بقيمة الضمان المقابل ، بعد ان يدفع فعلا قيمة خطاب الضمان الى المستفيد ولا ينشأ حق بالمطالبة بمجرد مطالبة المستفيد ، لافتراض وجود معارضة في الوفاء قررها القضاء عندما أمر البنك بعدم الدفع ٠

(٨) انظر نقض فرنسي ٢٩ نيسان ١٩٨٦ دالوز ٩٨٦ ص ١٧ ونقض فرنسي ١٩٨٥/١١/٢٠ ص ٢١٣ ونقض فرنسي ١٩٨٤/١٢/١٢ مشار الى هذه الاحكام ٠ في د٠ علي جمال الدين عوض : المرجع السابق ص ٢٠٦ وما بعدها ٠

والتزام البنك الضامن في مواجهة المستفيد يشبه التزام البنك الأول في الضمان المقابل في مواجهة البنك الثاني ، اذ يتعين على البنك الأول ان يدفع قيمة خطاب الضمان تأسيساً على تعهده بالدفع ، وهذه الحالة تتم بعد ان يثبت البنك الثاني انه قد دفع فعلاً الى المستفيد .

ومع ذلك فانه اذا لم يدفع البنك الثاني للمستفيد بسبب غش الأخير ، فلا يرجع البنك الثاني على البنك الأول ، لان الأخير لم يدفع فعلاً . أما اذا دفع البنك الضامن الثاني فان رجوعه على البنك الضامن الأول في الضمان المقابل يتعطل اذا ثبت علم البنك الثاني بغش المستفيد(٩) .

---

(٩) يرى البعض انه يكفي ان يكون البنك الثاني قد جهل جهلا ليقال ان الخطا في جانبه ، وكذلك يرى بعض الفقه انه يكفي ان يعلم البنك الضامن بغش المستفيد عند طلبه الوفاء ليكون أيضاً متواطئاً معه وقت الوفاء . انظر د. علي جمال الدين عوض . المرجع السابق ص ٢٤١ .

الفصل الثالث

آثار خطابات الضمان المصرفية

١٣٢ـ تحدد العلاقات القانونية فيما بين اطراف عملية خطابات الضمان التزامات هؤلاء الاطراف وحقوقهم • وتمثل هذه الالتزامات والحقوق آثار تلك العلاقات ، وعلاقات اطراف عملية خطابات الضمان عبارة عن روابط قامت فيما بين العميل (المقاول) والمستفيد وبين العميل (المقاول) والبنك وبين البنك والمستفيد ، ومجموع هذه الروابط أسهم في اصدار خطابات الضمان •

وهكذا فان هذه العلاقات هي روابط عقدية ابتدأت بين العميل والمستفيد اما بعقد بيع ، أو باحالة عطاء التزم العميل بموجبه تنفيذ أعمال للمستفيد ، وهذه الرابطة العقدية فيما بين الطرفين تسمى عقد الأساس[1] وانه تنفيذاً لهذا العقد يرتبط العميل مع البنك بعقد يلتزم بموجبه الأخير ان يصدر خطاب ضمان لصالح المستفيد يتعهد بموجبه دفع مبلغ من النقود •

اما آثار اصدار خطاب الضمان فهي الالتزامات التي تترتب في ذمة كل من العميل والبنك ، بالاضافة الى الآثار التي تترتب على عاتق المستفيد وهي محور حديثنا في المباحث الثلاثة التالية •

أما المبحث الرابع فسنتحدث فيه عن أثر خطابات الضمان بالنسبة للغير •

---

(١) انظر د• علي جمال الدين عوض : خطابات الضمان • المرجع السابق ص ٨٦ ويقول « في عقد الأساس يشترط المستفيد ان يصدر الخطاب من بنك في بلده ويكون المصدر ليس له علاقة ببنوك في هذا البلد ، فانه يصدر أمره الى بنكه هو في بلده • لكي يكتب الى مراسله في بلد المستفيد ، ويتعهد البنك الآمر ان يرد الى البنك الأجنبي لدى الطلب أيضاً المبلغ عندما ينفذ الضمان • اذن فهناك ضمانات ، ضمان البنك الذي يصدر الضمان ويسلمه ويسمى البنك الضامن في الدرجة الأولى وضمان البنك الآمر ويسمى البنك الضامن من الدرجة الثانية أو الضمان المقابل » •

المبحث الأول

العلاقة بين العميل والمستفيد

١٢٣ـ ان العلاقة التي تقوم بين العميل والمستفيد اساسها ان الأول أحيل عليه عطاء يتعين تنفيذه وفق شروط ثم الاتفاق بشأنها ، أو انه التزم بموجب اتفاق مع أحد الاشخاص ان يقدم له ضماناً لتنفيذ أمر من الأمور ، كان يكون هذا العميل على علاقة مع جهة حكومية أو غير حكومية يلتزم على أساسها توريد معدات أو بضائع ٠

وهذا العميل يلتزم بارادته ان يسلم للمستفيد خطاب ضمان من أحد البنوك بمبلغ معين ضمن مدة محددة، ويعد التزام العميل على هذا النحو أثراً من آثار عقد الأساس الذي يعتبر السبب في اصدار الخطاب، أي ان البنك يصدر الخطاب بناء على طلب من العميل تنفيذا لالتزام الأخير مع المستفيد بموجب عقد الأساس[١] ٠

والتزامات المقاول كما حددها عقد الأساس تتضمن في معظم الأحيان شرطاً واقفاً لا ينفذ العقد الا بتحققه ، بمعنى ان عقد الأساس الذي أبرمه العميل مع المستفيد وكان من شروطه اصدار خطاب الضمان لصالح المستفيد يتوقف نفاذه على تحقق الشرط الوارد فيه وهو اصدار الخطاب ٠ وبهذه الصورة يتعين على المقاول ان يسعى لدى أحد البنوك لتنفيذ هذا الشرط وهذا الشرط الواقف ٠

---

(١) انظر المواد ٤٠/جـ ، ٥٩/ب ، ٧٢/ب ٨٦ ، ٨٧ ، ١٤٠ ، ١٥٢ من قانون الجمارك وتنظم أحكام حالات التزام الاشخاص بتقديم الضمان النقدي أو ما يقوم مقامه كالكفالة المصرفية وخطاب الضمان كالتزام المستوردين والمصدرين ، وضمان عبور البضائع بالترانزيت ومثل هذا الالتزام غير عقدي ويترتب على عاتق المدين على اساس تنظيمي اذا عزم على القيام بأمر من الأمور ٠

كما يتضمن عقد الأساس في بعض الحالات شرطاً فاسخاً يعيد المتعاقدين الى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد اذا تحقق هذا الشرط ، ومثل هذا الشرط هو تحقق واقعة عدم اصدار خطاب الضمان خلال مدة محددة ، بحيث اذا انقضت المدة ولم يسلم خطاب الضمان ينفسخ عقد الأساس ·

وتتحدد التزامات العميل في عقد الأساس وآثار هذه الالتزامات بما يلي :

أولاً ـ تسليم الخطاب وفق الشروط المتفق عليها :

بحيث اذا تضمن عقد الأساس ان تسليم الخطاب أمر أساسي فان المقاول ملتزم بتسليم خطاب الضمان قبل مباشرة المستفيد في تنفيذ التزاماته بعقد الأساس كما الشأن في عقد البيع الدولي الذي يكون فيه البائع مستفيداً من خطاب الضمان(٢) ·

ثانياً ـ مسؤولية العميل عن عدم تقديم خطاب الضمان :

ان تقديم خطاب ضمان يخالف الشروط المتفق عليها في العقد الأصلي (عقد الأساس) يرتب مسؤولية على عاتق العميل ·

ثالثاً ـ مسؤولية العميل عن تنفيذ شروط عقد الأساس :

إن تنفيذ الالتزامات التي رتبتها هذا العقد بذمة العميل باعتبار ان التصرف القانوني الذي صدر عنه والتقى بالتصرف القانوني الذي صدر عن المستفيد يشكلان العقد المسمى عقد الأساس وهو الذي كانت آثاره التزامات اطرافه ، وعلاقة العميل بالمستفيد بموجب هذا العقد لا تنشأ عن خطاب الضمان ذاته ، وانما كانت سابقة عليه وما صدور

---

(٢) انظر د· علي جمال الدين عوض : المرجع السابق ص ٨٨ · د· محي الدين اسماعيل علم الدين : المرجع السابق ص ٥٦٤ ويقول (العميل مدين بمبلغ التامين للمستفيد ، فاذا قدمه اليه برئت ذمته من هذا الالتزام ، وكذلك اذا قدم خطاب ضمان بدلا من هذا التامين وقبله المستفيد تبرأ ذمته قبله ويصبح البنك هو المدين به) ·

هذا الخطاب الا بمناسبتها ، لذلك لا نناقش التزامات العميل والمستفيد كآثار لعقد الأساس لخروجها عن نطاق هذه الدراسة[٣] ونكتفي بايجاز موضوع رجوع العميل على المستفيد اذا قبض الأخير قيمة خطاب الضمان دون وجه حق ٠

رابعاً ـ رجوع العميل على المستفيد :

يفترض ان البنك أوفى بالتزامه في مواجهة المستفيد ودفع له قيمة خطاب الضمان ، وبهذه الحالة فان البنك يكون قد رجع على العميل بما أوفى اما عن طريق التنفيذ على غطاء خطاب الضمان ، أو بطريق القيد في الحساب بمعنى ان العميل يصبح بعد وفاء البنك قيمة خطاب الضمان للمستفيد مديناً للبنك بقيمة الخطاب ٠

وفي هذه الحالة اذا كان لدى العميل من الاسباب ما يجعله يعتقد ان المستفيد قبض قيمة الخطاب بوجه غير مشروع فانه يسعى لاسترداد ما دفعه للمستفيد ، لا على أساس من الالتزامات التي أنشأها خطاب الضمان ، بل تأسيساً على ان المستفيد قبض مبلغا بوجه غير حق وبلا سبب[٤] ، وعبء الاثبات في هذه الحالة على عاتق العميل انطلاقا من الالتزامات التي أنشأها عقد الأساس ، ولان المصلحة في دعوى الرجوع تعود للعميل ، فانه لا يمتنع على البنك ولا البنك الضامن المقابل من مخاصمة المستفيد وذلك بمباشرة الادعاء بالدعوى غير المباشرة[٥] ٠

---

(٣) انظر د٠ محمود سمير الشرقاوي : المرجع السابق ص ٥٦٩ ٠

(٤) انظر المادة ٢٩٧ من القانون المدني وتنص على انه « يصح استرداد غير المستحق اذا كان الوفاء قد تم تنفيذاً لدين لم يتحقق سببه أو لدين زال سببه بعد ان تحقق » وانظر المادتين ٢٩٩ و ٣٠٠ من ذات القانون المدني ٠

(٥) انظر المادتين ٣٦٦ و ٣٦٧ من القانون المدني ٠

انظر د٠ سميحة القليوبي : المرجع السابق ص ٤٦٩ وما بعدها ٠ حيث ناقشت ملكية قيمة الخطاب بعد دفعها من قبل البنك للمستفيد ، وترى ان المبلغ الذي يدفع للمستفيد هو التأمين النقدي الذي حل خطاب الضمان محله ، بمعنى ان دفع البنك لهذا المبلغ يصبح معه المستفيد حائزاً لمبلغ التأمين النقدي الذي قدم لضمان حسن تنفيذ العميل لالتزاماته ٠

وعلى هذا الأساس نقول ان دائني العميل ومنهم البنك الضامن والبنك الضامن المقابل يمكنهم الرجوع على المستفيد بعد ان يستوفي قيمة خطاب الضمان باعتبار ان هذا المبلغ يظل على ملك صاحبه وهو العميل الى ان يتقرر حق المستفيد عليه ويخصم منه هذا الحق ، وهو ما يعني ان المبلغ لا يدخل في ذمة المستفيد الا بالقدر الذي يستحقه منه عند تسوية الحساب مع العميل[٦] .

ويكون المستفيد في هذه الحالة دائناً مرتهنا للمبلغ الذي قبضه من البنك يستوفى منه حقه ويستوفي الدائنون الآخرون بعده ، لان المستفيد يعد دائناً ممتازاً على غيره من الدائنين ويستوفى حقه بالتقدم والأولوية عليهم ،ويترتب على ذلك ان دائني المستفيد لا يمكنهم حجز قيمة الخطاب الا بعد ان يتقرر حقه فيه ، وعليه اذا طالب دائن المستفيد بالحجز على قيمة الخطاب قبل الوفاء فلا يستطيع ذلك لان هذه القيمة لا تزال مملوكة للبنك .

---

(٦) المرجع السابق ص ٤٧٠ وتقول الدكتورة سميحة ونحن من هذا الراي « ولكن اذا كان المستفيد قد طلب جزءاً فقط من قيمة خطاب الضمان فان الجزء المتبقي يظل ملكاً للبنك ، وهذا الأخير وشأنه مع العميل وفقاً للعلاقة بينهما والتي ينظمها عقد طلب الخطاب » وتقول كذلك « وبناء على ما تقدم يمكننا ان نقرر ان الحجز الذي يمكن ان يوقع على قيمة الخطاب بعد ادائها الى المستفيد هو دائن العميل؛ وذلك وفقاً لقواعد حجز ما للمدين لدى الغير » .

المبحث الثاني

العلاقة بين العميل والبنك

١٢٤ـ تبدأ هذه العلاقة بمباشرة العميل تنفيذ التزاماته بموجب عقد الأساس مع المستفيد والذي كان من آثاره تقديم خطاب الضمان بحيث يبدأ العميل حديثه مع البنك بطلب لاصدار الخطاب ضمن الشروط التي اتفق عليها مع المستفيد ، ومن الشروط ان يتضمن الخطاب عند صدوره بيانات لازمة كاسم المستفيد ومبلغ الضمان والغرض منه ومدة سريانه ، كما يتضمن الخطاب تعهداً من البنك يدفع قيمته عند أول طلب من المستفيد دون الحاجة الى أخذ موافقة العميل وبالرغم من معارضته[1] ٠

لذلك فان علاقة العميل بالبنك علاقة عقدية التزم البنك فيها باصدار خطاب الضمان وفق الشروط التي تم الاتفاق بشأنها بين العميل والمستفيد على نحو يلتزم العميل في مواجهة البنك بتقديم غطاء لمبلغ الضمان ودفع العمولة والفوائد مقابل التزامات البنك في مواجهة العميل ٠

١٢٥ـ التزامات البنك في مواجهة العميل :

١ ـ **اصدار خطاب الضمان الذي كان أحد التزامات العميل بموجب عقد الأساس** ، ويصدر البنك هذا الخطاب لصالح شخص يعينه العميل ويسمى المستفيد ، ويتعهد بموجبه ان يدفع مبلغاً محدداً ضمن مدة معينة ٠

وشخص المستفيد في خطاب الضمان عنصر أساسي في هذا العقد[2] ، وبدون ذكر اسم المستفيد لا نكون بصدد خطاب ضمان ،

---

(١) المرجع السابق ص ٥٦٩ ٠

(٢) المرجع السابق ص ٥٦٩ ٠ وانظر د٠ علي جمال الدين عوض : خطابات الضمان ٠ المرجع السابق ص ١٠٨ ٠ د٠ سميحة القليوبي : الأسس القانونية لعمليات البنوك ط ١٩٨٨ ص ٤٤١ ٠

وفضلا عن ذلك وبالرغم من انه لا يشترط في المستفيد ان يكون أهلاً لاصدار التصرف القانوني وابرام العقود ، الا انه يتعين ان يكون أهلاً لتلقي الحقوق وهي أهلية الوجوب .

لذلك يعتبر ذكر اسم المستفيد من أركان عقد اصدار خطاب الضمان وليس بالضرورة ان يكون هذا الشخص موسراً أو معسراً شخصاً خاصاً أم عاماً طبيعياً أم حكمياً تاجراً أم غير ذلك ، بمعنى ان شخص المستفيد ليس محل اعتبار(٣) . وهذا بخلاف شخص العميل الذي يكون طرفاً في اصدار الخطاب ويتعين ان يكون هذا الشخص متمتعاً بخصائص يقبلها البنك ، كأن يكون مليئاً ، حسن السمعة . لان الاعتبار الشخصي ملحوظ في خطاب الضمان بالنسبة للعميل ولا يقبل البنك ضمان عميله الا لثقته به ويقينه بقدره هذا العميل على تنفيذ الالتزامات التي تعهد القيام بها(٤) .

٢ ــ **اخطار العميل بمطالبة المستفيد من الخطاب** : ولا يعني ذلك ان للعميل ان يعارض في دفع القيمة للمستفيد أو ان البنك سيمتنع عن الوفاء اذا عارض العميل ، بل ان ما يعنيه هذا الالتزام يتحقق في مصلحة العميل من حيث انه يسعى الى تنفيذ التزاماته قبل المستفيد، واثبات ذلك بالابراء والمخالصة أو اللجوء الى القضاء .

وتبدو أهمية اخطار العميل قبل دفع قيمة الخطاب من خلال علاقة البنك بهذا العميل التي تقوم على أساس من حرص كل منهما على استمرارها ، ولا يعتبر البنك مصدر الخطاب وكيلا عن العميل في الوفاء للمستفيد ، لان التزام البنك في دفع قيمة الخطاب التزام

---

(٣) انظر في هذا الرأي د. رضا عبيد : المرجع السابق ص ٣٨٢ .

(٤) يقول الدكتور محسن شفيق : « ويترتب على وجود الاعتبار الشخصي ان الغلط الواقع في شخص العميل يفسد الاتفاق على اصدار الخطاب ، كما يترتب على الاعتبار الشخصي عدم جواز التنازل عن خطاب الضمان ولو تنازل العميل عن المشروع الذي صدر الخطاب بمناسبته » .

انظر في ذلك د. علي جمال الدين عوض : المرجع السابق ص ١١٠ .

أصيل مستقل عن أية علاقة أو التزام سابق عليه ولو كان سبباً في اصداره(٥) ·

والبنك اذ يحرص على اخطار عميله قبل دفع قيمة الخطاب لا يفعل ذلك متقيداً بتعليمات هذا العميل ، لانه كما ذكرنا ليس وكيلاً عنه ، وما صدور الخطاب بالصيغة التي يقترحها العميل بعد ان يناقشها البنك الا تنفيذاً للالتزام الناشيء عن عقد الأساس المبرم مع المستفيد · ويكون تدخل البنك لتعديل الصيغة لتنبيه العميل الى المخاطر التي قد تحدث ، وفي الوقت ذاته له حق رفض اصدار الخطاب اذا كانت الصيغة المقترحة غامضة تؤدي الى منازعات عند التنفيـــذ ·

وعموماً فان البنك اذا لم يرض عن صيغة الخطاب كما قدمها العميل أو شرط تضمنته فانه يرفض اصدار الخطاب ، ولا يكون أمام العميل الا الرضوخ لمقترحات البنك ، وبالنتيجة لا يسأل البنك اذا هو لم يقم باخطار العميل بمطالبة المستفيد الا عن الضرر الذي يلحق بالأخير نتيجة عدم الاخطار اذا كان من شروط العقد المبرم فيما بين العميل والبنك ، وهذا الضرر لا يمكن ان يكون قيمة الخطاب اذا دفعه البنك ·

٣ ــ اعادة غطاء خطاب الضمان الذي قدمه العميل :

ان غطاء خطاب الضمان هو الضمان التي يقدمه العميل للبنك عند الاتفاق على فتح عقد الاعتماد بالضمان ، وغطاء الخطاب ذو صور متعددة ، ابتداء من سمعة العميل وثقة البنك به ، وهذه الصور للغطاء تكون اما نقدية أو عينية ، والغطاء العيني يكون أوراقاً مالية

---

(٥) يرى بعض الفقه ان علاقة البنك بعميله تقوم على اساس من الوكالة التي يكون بموجبها البنك وكيلا عن العميل في دفع قيمة خطاب الضمان للمستفيد · ويرى البعض الآخر ان العقد بين البنك والعميل من عقود الخدمات المصرفية ونرى خلاف ذلك لان العقد بين البنك والعميل أساسه علاقة منفصلة عــن علاقة البنك بالمستفيد مــن الخطاب · انظر د· علي جمال الدين عوض : المرجع السابق ص ١٠٦ ·

أو أوراقاً تجارية ، وقد يكون مبلغاً نقدياً يتم تجنيبه من حساب جار للعميل ·

وقد يكون هذا الغطاء رهناً عقارياً يقدمه العميل ضماناً لقيمة خطاب الضمان ، ولا يتوقف اعادة الغطاء الى العميل على انقضاء مدة سريان الخطاب دون ان يطالب المستفيد بقيمته فحسب ، بل يلتزم البنك برد هذا الغطاء اذا دفع العميل قيمة ما دفعه البنك للمستفيد مضافاً اليه الفوائد المتفق عليها والعمولات[٦] ·

١٢٦ـ التزامات العميل في مواجهة البنك :

١ ـ تقديم غطاء خطاب الضمان :

اسلفنا فيما تقدم ان البنك يقدم الضمان الذي يفرضه المستفيد على العميل ، وتدون صيغة الضمان في الخطاب الذي يصدره البنك لصالح المستفيد ، وهذا الخطاب هو اعتماد بالضمان يتقرر بمجرد توقيع البنك بما يعني ان البنك يتعهد شخصياً وفاء قيمته عند مطالبة المستفيد به[٧] ·

ويترتب على ذلك انه لا يجوز للبنك اضافة مبلغ خطاب الضمان الى الجانب المدين من حساب العميل الا من تاريخ دفع المبلغ للمستفيد تأسيساً على ان الجهة التي صدر خطاب الضمان لصالحها قد لا تطلب قيمة الخطاب اذا أوفى العميل بالتزاماته في مواجهتها على نحو لا يبقى أي مبرر لاضافة قيمة الخطاب على حساب العميل ·

والمقصود بغطاء خطاب الضمان الضمانات التي يقدمها العميل عند الاتفاق مع البنك لكي يغطي بها مقدار ما قد يدفعه الأخير الى المستفيد مضافاً اليه أية مبالغ ينفقها البنك بمناسبة الخطاب وكذلك العمولات والفوائد المتفق عليها ·

---

(٦) سيأتي الحديث عن غطاء خطاب الضمان تفصيلا في الفقرة التالية ·

(٧) انظر الدكتور علي جمال الدين عوض : المرجع السابق ص ٩٢ ويرى ان قيمة خطاب الضمان تمثل ديناً احتمالياً في ذمة البنك ويصبح مؤكداً ومستحقاً عند مطالبة المستفيد البنك بوفائه ·

وقد يمثل مقدار الغطاء نسبة مئوية من قيمة الخطاب وتصل أحياناً الى ١٠٠٪ عندما لا يكون العميل معروفاً لدى البنك وتعوزه الثقة ، وقد يصدر الخطاب بدون غطاء اذا كان العميل يتمتع بثقة البنك أو اذا كان طالب اصدار الخطاب أحد البنوك الأجنبية من الدرجة الأولى ، اذ في هذه الحالة يصدر البنك المحلي خطاب الضمان بناء على طلب البنك الأجنبي لصالح شخص مقيم وبدون أية ضمانات أو غطاء على أساس المعاملة بالمثل ٠

وتبدو صور غطاء الخطاب واضحة فيما يلي :

١ ـ الغطاء النقدي ٠ ٢ ـ الغطاء العيني ٠ ٣ ـ الغطاء المعنوي ٠

الغطاء النقدي :

هو أبسط هذه الصور ويتمثل في قيام العميل بتقديم مبلغ من النقود يساوي قيمة خطاب الضمان ونفقاته بحيث يبقى هذا المبلغ على شكل وديعة لدى البنك يتم الافراج عنها بانقضاء مدة الخطاب[٨] ٠

واذا كان العميل يتمتع بثقة البنك فيكتفي الأخير بالتأشير على حساب العميل لديه ولا يمتنع على العميل استغلال موجودات حسابه بالقدر الذي يقرره البنك ٠

وتأسيساً على ما تقدم فان المبلغ النقدي الذي يضعه العميل غطاء لخطاب الضمان يكون أمر استرداده سهلاً اذا لم يطلب المستفيد دفع قيمة الخطاب في موعده ، اذا ما قيس بالاجراءات الروتينية التي تصاحب استرداد هذا المبلغ لو وضع تحت يد المستفيد كتأمين نقدي وخاصة

---

(٨) انظر د٠ سميحة القليوبي : المرجع السابق ص ٤٣٤ وما بعدها وتقول « ويودع البنك هذه المبالغ في حساب يحمل اسم (احتياطي خطاب الضمان) لا يجوز للعميل التصرف فيه حتى ينتهي التزام البنك الناشيء عن خطاب الضمان » ٠

المؤسسات الحكومية . وهذا أحد الأسباب التي يبرر بها العميل العزوف عن وضع تأمين نقدي لدى المستفيد(٩) .

وقد يصدر خطاب الضمان بغطاء جزئي أو بدون غطاء وفي كل الاحوال يترتب بذمة العميل قيمة الخطاب اذا دفعه البنك الى المستفيد ضمن المدة المعينة به ، على انه اذا لم يتم دفع المبلغ للمستفيد وانتهت المدة المحددة أصبح للعميل حق المطالبة بالافراج عن الغطاء ويسأل البنك اذا هو تراخى في الافراج عن الغطاء الذي استحق في ذمته من اليوم التالي لانتهاء مدة الخطاب .

ويكون وفاء البنك بقيمة خطاب الضمان بعد انتهاء المدة على مسؤوليته ولا يسأل العميل عن ذلك الا اذا كانت مطالبة المستفيد قد وردت الى البنك ضمن مدة سريان الخطاب لانه لا ارتباط بين ميعاد المطالبة بصرف قيمة خطاب الضمان اذا وصلت ضمن المدة وبين تاريخ صرف هذه القيمة ، ويلتزم البنك بصرف قيمة الخطاب اذا وصلت اليه ضمن المدة وانه اذا تم الصرف الفعلي في اليوم التالي لانقضاء المدة ، فليس هناك مسؤولية على البنك لهذا الوفاء لان العبرة بتاريخ المطالبة(١٠) .

وقد يمثل الغطاء النقدي مستحقات العميل لدى المستفيد في عقد المقاولة (عقد الأساس) اذا تنازل عنها العميل وهو غالباً ما يبرم بشأنها

---

(٩) تلجأ البنوك الى وضع الغطاء النقدي في حساب تحت اسم غطاء خطابات الضمان ، وذلك تجنيباً لها عن أموال العميل ، لان المخاطر التي يحاول البنك تقليلها تدفعه الى ذلك . لانه من الجائز ان تحجز أموال العميل لدى البنك لصالح دائنين آخرين ، كما تلجأ البنوك كذلك الى تجنيب ما يقابل قيمة الوديعة لديها بحيث تتفادى أيضاً مخاطر الافلاس والحجز ... الخ . انظر د. علي جمال الدين عوض : المرجع السابق ص ٩٥ .

(١٠) انظر د. رضا عبيد : المرجع السابق ص ٣٩٩ وانظر نقض مصري . الطعن رقم ١٣٤٢ السنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨٠/١٢/٢٢ غير منشور نقض مصري الطعن رقم ١٥٩ السنة ٤٦ ق جلسة ١٩٨٠/٢/١١ غير منشور راجع في ذلك د. أحمد حسني : قضاء النقض التجاري ط ١٩٨٣ ص ٢١٩ .

عقداً مع البنك والمستفيد هو عقد الحوالة ، يكون بموجبه العميل محيلا والبنك محالاً له والمستفيد محالاً عليه ، وتكون هذه المستحقات هي الغطاء لخطاب الضمان ، وتمثل تنازل العميل عن هذه الحقوق الناشئة عن عقد الأساس المبرم مع المستفيد(١١) ·

الغطاء العيني :

يتمثل في تقديم أوراق مالية أو تجارية أو صكوك أو بضائع وتقبل الأوراق المالية كغطاء لخطاب الضمان مع الأخذ بعين الاعتبار القيمة السوقية لها ، ويكون قبول هذه الأوراق أما برهنها لدى البنك وأما بالتصريح ببيعها عند الاقتضاء(١٢) والأوراق المالية تمثل الصكوك ذات القيمة النقدية كسندات الاستثمار واسناد الدين العام التي يصدرها البنك المركزي أو مؤسسات الدولة ·

أما الأوراق التجارية كالكمبيالة وسند السحب والسند الأذني والشيك فتقبل كغطاء لخطاب الضمان اذا كانت لصالح العميل ، ويقوم بتظهيرها تأمينياً ويلجأ البنك في غالب الأحيان الى طلب تظهيرها تظهيرا ناقلاً للملكية أو تظهيراً توكيلياً ، لانه يقوم بالصفة الأخيرة بمطالبة المدين بهذه الأوراق في مواعيدها ، ويتحمل نتائج تراخية في المطالبة ، كما ويطالب المدينين بقيمة هذه الأوراق اذا تم تظهيرها له تظهيراً ناقلا للملكية ·

وفي هاتين الحالتين فانه يضع ما حصل عليه من مقابل في حساب العميل ، أما ما يتم تحصيله من مقابل اذا كانت الأوراق مظهرة للبنك تظهيراً ناقلاً للملكية فتدخل في حساب البنك ، وبمثل هذه الحالة يكون البنك قد منح العميل تسهيلات في جوانب متعددة منها اصدار الكفالات المصرفية وخطابات الضمان ، والأوراق المخصومة والحساب الجاري ··· الخ ·

---

(١١) انظر د· سميحة القليوبي : المرجع السابق ص ٤٣٦ · د· محمود سمير الشرقاوي : المرجع السابق ص ٥٦٩ ·

(١٢) انظر د· علي جمال الدين عوض : المرجع السابق ص ٩٦ · د· سميحة القليوبي : المرجع السابق ص ٤٣٥ ·

ومن صور غطاء خطاب الضمان البضائع التي يضعها العميل بتصرف البنك أو في مخازنة ويشرف البنك مع العميل على بيع هذه البضائع اذا كانت معدة لذلك ويقبض البنك الجزء الذي يغطي خطاب الضمان من ثمن هذه البضاعة ٠

وقد يكون غطاء خطاب الضمان المستندات التي تمثل بضاعة مشحونة من الخارج ذلك ان تلك الأوراق قابلة للتداول بطريق التظهير ويجوز التنازل عنها ٠ ويقوم العميل بمثل هذا الاجراء عندما يستورد بضاعة من بائع أجنبي ولا يدفع له كامل الثمن الا بعد الوصول ، ويصدر لصالح البائع خطاب ضمان من أحد البنوك بضمان غطاء المستندات التي تمثل البضاعة(١٣) ٠

الغطاء المعنوي :

هو الثقة التي يتمتع بها العميل لدى البنك ، وبموجبها يصرح العميل للبنك ان يتقاضى مقابل خطاب الضمان اذا تم دفعه من أية أموال تعود له سواء من حسابه لديه ، أو بخصم الأوراق التجارية أو بتقديم بوليصة تأمين صادرة عن احدى شركات التأمين تضمن بموجبها العميل في مواجهة البنك اذا دفع الأخير قيمة الخطاب ٠

والغطاء المعنوي هو ذلك الوضع الذي يرتقيه العميل بنظر البنك والناتج عن الدراسات التي يقوم بها عن مركز العميل وميزانيات مؤسسته ومركزه المالي ودرجة التزامه بالوفاء بالديون ، وانه اذا وصل العميل لذلك الوضع فان البنك يمنحه حداً ائتمانياً على المكشوف يصدر على أساسه لحساب ذلك العميل خطابات الضمان والاعتمادات المستندية دون

---

(١٣) انظر تفصيلا في ذلك مؤلفات عديدة لفقهاء القانون التجاري في الاعتماد المستندي ٠
د٠ علي جمال الدين عوض ٠ د٠ محمود سمير الشرقاي ٠ د٠ سميحة القليوبي ٠
د٠ علي البارودي ٠ د٠ أمين محمد بدر ٠ د٠ صليب بطرس ٠ ياقوت العشماوي ٠
د٠ رضا عبيد ٠

ان يطالبه بغطاء . ويكون الغطاء المعنوي في حالة تقديم الآمر طالب الضمان أحد حقوقه المعنوية كبراءة اختراع . أو المعرفة الفنية التي يملكها(١٤) .

ومع ذلك ، فان البنك ربما يقوم باصدار خطاب الضمان بناء على طلب عميل موثوق وبدون ان يقدم هذا العميل أي غطاء أو ان يقدم غطاء غير كامل ، والبنك اذ يفعل يعطي ائتمانه لهذا العميل معتمدا على سمعة هذا العميل وملاءته ، لكنه لا يأمن المخاطر ، ذلك انه من الممكن ان يفي للمستفيد قيمة خطاب الضمان ولدى الرجوع على عميله لا يجد لديه ما ينفذ عليه(١٥) .

٢ ـ الالتزام بدفع العمولة والفوائد :

العمولة والفوائد تمثلان جانباً من الارباح التي يضعها البنك على العميل عندما يمارس أية عملية من عمليات الائتمان المصرفي سواء بالضمان أو القبول ، والبنك اذا ما منح ائتمانه بان كان ضامنا لاحد عملائه سواء كان كفيلا له أو أصدر بناء على طلبه خطاب ضمان أو وقع معه عقد اعتماد مستندي ، فهو يحقق من جراء ذلك عمولة بنسبة مئوية تحددها الاعراف المصرفية المثبتة وفق تعليمات يصدرها البنك المركزي .

ويستحق البنك هذه العمولة بمجرد قيامه بالعملية على نحو يقيدها على حساب عميله فور الانتهاء من اتمام العملية المصرفية ، أما الفوائد ، فان البنك يحصل عليها بمجرد منح الائتمان للعميل بواقع زمني تستمر معه ما استمرت العلاقة فيما بينه وبين العميل ، بمعنى ان الفوائد تتحقق على قيمة خطاب الضمان منذ اليوم الأول الذي يصدر فيه هذا الخطاب وتستمر الى ان ينقضي التزامه بموجبه ، على انه اذا انقضى الالتزام

---

(١٤) انظر في الحقوق المعنوية . المؤلف . عقود التجارة الدولية في مجال نقل التكنولوجيا ط ١٩٨٨ .

(١٥) انظر في ذلك د. عبدالقادر السويفي : اقتصاديات النقود والبنوك . ط ٩٨١ ص ١١٩ وما بعدها .

بغير الوفاء كما لو انتهت المدة ولم يطالب المستفيد بقيمة الخطاب ، فان الفوائد القانونية تتوقف على مبلغ الخطاب منذ اليوم التالي لانتهاء مدته ، أما اذا انقضى الخطاب بدفع قيمته من قبل البنك ، فان الفوائد تتحقق في ذمة العميل الى اليوم الذي يسترد فيه البنك دينه منه(١٦) .

رجوع البنك على العميل :

لا شك ان البنك ينفذ على غطاء خطاب الضمان الذي وضعه العميل ، غير انه اذا كان قد أصدر خطاب الضمان قبل الحصول على مقابل الوفاء كغطاء أو كان هذا المقابل (الغطاء) دون قيمة الخطاب فمن حقه الرجوع على العميل لاستيفاء مقابل ما دفعه للمستفيد بموجب خطاب الضمان بناء على أمر العميل ، وأساس هذا الرجوع هو العلاقة العقدية .

ويلاحظ عملا ان البنوك لا تصدر خطابات الضمان بدون غطاء وهي لذلك لا يعوزها الرجوع على العميل الا اذا كان البنك الذي أصدر خطاب ضمان بناء على طلب عميله بغير غطاء يعتمد أولا على ملاءة هذا العميل ، أو اذا وجد تواطؤ من بعض العاملين في البنك بحيث اجازوا الضمان بغطاء وهمي ، وعلى ذلك فان البنك اذا دفع للمستفيد قيمة خطاب الضمان بصورة صحيحة أي انه دفع قيمة الخطاب بناء على طلب المستفيد واثناء المدة ، فيكون من حقه الرجوع على العميل لقبض ما دفعه ، ولا يجدي العميل آثاره الدفع بان المستفيد أتى غشاً بمطالبة البنك بالوفاء(١٧) أو لأي سبب ناشيء عن عقد الأساس الذي يربطه بعلاقات

---

(١٦) تتوقف الفوائد عن مبلغ خطاب الضمان ، عند الابراء والتقادم واجراء المقاصة بتاريخ وقوعها ، وتتوقف بانتهاء مدته أو اعادته الى البنك ، وأيضاً بتاريخ تقرير استحالة تنفيذ التزام العميل في علاقته بالمستفيد وفي كل الأحوال باتفاق العميل والبنك .

(١٧) يستطيع الآمر الرجوع على المستفيد الذي أتى غشاً ، وله كذلك مقاضاته بناء على العلاقات العقدية الناشئة عن عقد الأساس .

قانونية مع المستفيد ، لان استقلال الالتزام في خطاب الضمان يمنع البنك ان يرفض الوفاء للمستفيد بسبب يرجع الى علاقة البنك بالعميل أو الى علاقة العميل بالمستفيد ، ومتى وفى البنك للمستفيد المبلغ المتفق عليه في خطاب الضمان أصبح له حق الرجوع على العميل بقدر المبلغ المدفوع لا على أساس انه يحل محل المستفيد بل على أساس الالتزام العقدي الناتج عن العقد المبرم بينه وبين العميل[١٨] ، ويرجع البنك على عميله بكل ما انفقه بمناسبة اصدار الخطاب ويمثل ذلك قيمة الضمان والفوائد والعمولة.

رجوع العميل على البنك الضامن :

اذا دفع البنك الضامن قيمة خطاب الضمان للمستفيد بعد انقضاء المدة المتفق عليها مع العميل فانه يكون قد أخل بالتزاماته في مواجهة العميل بموجب عقد الاعتماد ، وبهذه الحالة اذا استوفى البنك قيمة الخطاب التي دفعها للمستفيد من الغطاء الذي وضعه العميل ، فانه يتقرر للأخير حق الرجوع على البنك بما استوفاه بدون وجه حق ، ذلك ان العلاقة العقدية التي نشأ خطاب الضمان بمناسبتها والتي هي عقد الاعتماد ، تنقضي بانقضاء مدة خطاب الضمان بدون مطالبة .

وانه اذا كان البنك قد مد مدة الخطاب دون أخذ موافقة العميل فانه يلتزم في مواجهة المستفيد على أساس علاقة لا يرتبط بها العميل بمعنى

---

(١٨) انظر في ذلك د. علي جمال الدين عوض : المرجع السابق ص ٢٧٤ والهامش ١ ص ٢٧١ وانظر عكس ذلك استئناف القاهرة جلسة ١٩٦٣/٢/١٩ المجموعة الرسمية السنة ٦١ ص ١١٢ مشار اليه في المرجع السابق . ورأت محكمة الاستئناف في القاهرة ان البنك اذا وفى قيمة الخطاب للمستفيد فانه يحل محل الأخير في الرجوع على العميل . ونرى ان هذا الرأي من قبل استئناف القاهرة محل نظر ذلك لان رجوع البنك الضامن على العميل الآمر اساسه عقد الاعتماد الذي صدر تنفيذاً له خطاب الضمان ، ويترتب على ذلك ان الضامن مكلف باثبات الوفاء للمستفيد اذا اراد الرجوع على العميل.

ان البنك الضامن يسأل اذا خالف تعليمات عميله بموجب عقد الاعتماد ، كأن يعطي خطاب ضمان خلافاً لاتفاقه مع العميل الذي كان على أساس الكفالة أو يعطي الضمان لمدة اطول من المدة المتفق عليها مع العميل ، أو بمد المدة دون موافقته(١٩) ٠

ولا نرى كما يرى البعض ان البنك اذا أوفى قيمة خطاب الضمان بعد انقضاء مدته يقوم بدور الفضولي ويلتزم العميل بما وفى عنه ، واننا اذ نعارض هذا الرأي نعتمد أساساً لرأينا ان الفضالة كما وردت في المـادة ٣٠١ مـن القانون المدني يجب ان يتوافر في تصرف الفضولي خصائص من بينها القيام بفعل نافع أوجبته الضرورة أو قضى به عرف ، وحسمت محكمة النقض المصرية هذه النقطة الخلافية عندما تمسك البنك في قضية رفعت ضده بانه جدد خطاب الضمان دوناذن عميله لانه اتخذ مركز الفضولي ، وان سلوكه صحيح(٢٠) ٠

وقضت محكمة النقض المصرية بقولها « من المقرر في قضاء هذه المحكمة انه لا قيام لاحكام الفضالة حيث تقوم بين طرفي الخصومة رابطة عقدية بل يكون العقد وحده هو مناط تحديد حقوق كل منهما والتزاماته قبل الآخر ، فان تمسك الطاعن باحكام الفضالة في مواجهة مورث الطاعنين

---

(١٩) انظر د٠ علي جمال الدين عوض : خطابات الضمان ٠ المرجع السابق ص ٢٨٧ ٠
وانظر نقض مصري الطعن ١٠١٣ السنة ٥٠ ق جلسة ٨٥/١١/٣٠ مشار اليه في د٠ سميحة القليوبي : المرجع السابق ص ٤٤٩ هامش ٣ وورد في حيثيات الحكم ما نصه « ٠٠٠ ولا يكون دفع البنك الى المستفيد صحيحاً كما لا يكون له ان يرجع بما دفعه على عميله الا اذا كان الوفاء قد تم تنفيذاً لخطاب ضمان صدر صحيحاً ومطابقاً لتعليمات العميل والا تحمل البنك مسؤولية الوفاء فاذا لم تتحقق الشروط أو لم تقدم المستندات المحددة في الخطاب انتهى ضمان البنك وكان لعميله ان يسترد منه غطاء خطاب الضمان في اليوم التالي لانهاء الضمان » ٠

(٢٠) انظر نص المادة ١٨٨ من القانون المدني المصري والمادة ١٨٩ من القانون المدني السوري ٠

بمد أجل خطاب الضمان رغم ما بينهما من رابطة عقدية يكون في غير محلـــه »(٢١) ٠

لذلك فان خصائص التزام البنك في خطاب الضمان بانه مستقل وان خطاب الضمان ذو كفاية ذاتية وانه حق شخصي للمستفيد ، وانه تنفيذ لالتزام ناشيء عن عقد ابرم بين البنك وعميله ، يتقرر على أساسها أهمية الخطاب وأهمية الالتزامات الناشئة عنه ٠

---

(٢١) نقض مصري جلسة ١٩٧٩/١٢/٣١ مشار اليه في د٠ علي جمال الدين عوض : عمليات البنوك ٠ المرجع السابق ص ٥٨٠ وجرى قضاء النقض المصري على انه اذا طالب المستفيد بقيمة الخطاب أو تمديد مدته خلال سريانه ، وان البنك تاخر في الدفع الى ما بعد انتهاء مدته ، فانه أولا يلتزم البنك الوفاء للمستفيد الذي وردت مطالبته اثناء سريان الخطاب ، وثانيا يكون للبنك الرجوع على عميله لاستيفاء ما دفعه للمستفيد ، على اساس انه لم يخالف تعليمات العميل ٠

المبحث الثالث

العلاقة بين البنك والمستفيد

١٢٧- قررنا فيما سبق ان العلاقة فيما بين البنك والمستفيد أساسها خطاب الضمان ، وهي علاقة تعاقدية انشأها الاتفاق الضمني بينهما[١] وان وصول الخطاب الى المستفيد ومع انه يرتب بذمة البنك الالتزام بدفع قيمته خلال مدة سريانه ، الا ان الالتزام بما تضمنه لا يصبح باتاً ونهائياً الا اذا وصل الى المستفيد ولم يرفضه ٠

وهذا يعني ان التصرف القانوني الذي أصدره البنك والذي عبر فيه عن استعداده للالتزام في مواجهة المستفيد بدفع قيمة خطاب الضمان لا يكون باتا ونهائيا ويجوز الرجوع عنه طالما لم يصل الى المستفيد ، وفوق ذلك فان وصول الخطاب الى المستفيد لا يضع التصرف القانوني في صورة الالتزام البات النهائي الا اذا قبله المستفيد ٠

ورغم محاولة بعض الفقه الأصرار على موقفه بان التزام البنك في مواجهة المستفيد التزام ارادي ينشأ من جانب واحد ، وان هذا الالتزام مصدره خطاب الضمان الموجه الى المستفيد ، الا انه ورد في كثير من كتاباتهم ما يدل على انهم لم يتمكنوا من اخفاء اعترافهم بالعلاقة العقدية فيما بين البنك والمستفيد وان التزام البنك أثر لهذه العلاقة ٠

---

(١) انظر د٠ علي جمال الدين عوض : عمليات البنوك ٠ المرجع السابق ص ٥٩٨ ويرى ان العلاقة المؤدية الى ضمان البنك لصالح المستفيد لا يعتبر عقداً بينه وبين الآمر والبنك وليس تنفيذاً لعقد بين البنك والمستفيد من الخطاب ٠ وذهب معه في هذا الاتجاه د٠ سميحة القليوبي : المرجع السابق ص ٤٤٢ وتقول : « يتميز التزام البنك الناشيء عن خطاب الضمان قبل المستفيد بانه التزام ناشيء عن ارادته المنفردة » وانظر آراء كثيرة حول هذا الموضوع واحكاما قضائية ، د٠ علي جمال الدين عوض : خطابات الضمان ٠ المرجع السابق ص ٤٩ وما بعدها ٠ وانظر د٠ محمود سمير الشرقاوي حيث يقول « ويعد التزام البنك باتاً ونهائياً في مواجهة المستفيد بوصول الخطاب الى هذا الأخير وعدم رفضه له » ٠

وورد في مؤلف الدكتور علي جمال الدين عوض عمليات البنوك ٠ ط ١٩٨٩ قوله « ويؤدي هذا المنطق الى ان ضمان البنك لصالح المستفيد لا يعتبر عقداً بينه وبين الآمر والبنك ، وليس تنفيذاً لعقد بين البنك والمستفيد من الخطاب ، فلا يشترط لالزام البنك ان يقبل المستفيد الخطاب ، بل يلتزم البنك نهائياً بمجرد اصداره الخطاب ووصوله الى علم المستفيد منه ما دام لم يرفضه »(٢) ويقول « صحيح ان المستفيد في مطالبته البنك يلتزم الشروط الواردة بالخطاب ولكن ليس لانه طرف في عقد بينه وبين البنك بل لان هذه هي حدود التزام البنك كما بينها الأخير في الخطاب المنشيء لالتزامه قبل المستفيد » ولذات الاستاذ ورد في مؤلف خطابات الضمان ط ١٩٩١ قوله « هذا التعهد ، خطاب الضمان المستقل » ينشأ عملاً ثمرة عقود ثلاثة :

عقد الأساس :

وهو يتم بين مشتر أو رب عمل وبين بائع أو مقاول ، يتفقان على ان يسعى البائع أو المقاول الى اصدار خطاب الضمان من بنك معين ٠

عقد اصدار الخطاب :

ويكون بين هذا المقاول أو البائع ويسمى الآمر وبين البنك على اصدار خطاب ضمان للمشتري أو رب العمل ويسمى المستفيد ، وأما العلاقة الثالثة فتقوم بين البنك وبين المشتري أو رب العمل وتسمى علاقة الضمان أو علاقة خطاب الضمان(٣) ٠

---

(٢) د٠ على جمال الدين عوض : عمليات البنوك ٠ المرجع السابق ص ٥٩٨ ٠

(٣) د٠ علي جمال الدين عوض : خطابات الضمان ٠ المرجع السابق ص ١٣٠ ويلاحظ انه انقسم الرأي حول التزام البنك في مواجهة المستفيد ، اذ رأى البعض انه التزام بارادة منفردة صادرة عن البنك ويمثل هذا الاتجاه معظم الفقه المصري وكذلك القضاء المصري ٠

ورآه البعض الآخر ان علاقة البنك بالمستفيد عقدية ملزمة لجانب واحد ويمثل هذا الاتجاه الفقه الفرنسي في حين ذهب البعض ان العلاقة فيما بين البنك والمستفيد علاقة عقدية من جانبين ٠ انظر في هذا الاتجاهات والآراء ٠ المرجع السابق ص ١٣٠ ٠

ويبدو ان الاستاذ الدكتور علي جمال الدين عوض قرر الرجوع عن رايه الذي بقي عليه حتى عام ١٩٨٩ في ان التزام البنك في مواجهة المستفيد التزام بارادة منفردة ، ليقول أن التزام البنك هذا ناشيء عن علاقة عقدية فيما بينه وبين المستفيد ، وهذا هو الاتجاه الذي ذهب اليه الفقه الفرنسي الذي يرى ان العلاقة في خطاب الضمان بين البنك والمستفيد عقدية ملزمة لجانب واحد ، ويترتب على ذلك ان البنك وهو يصدر خطاب الضمان يعتبر ايجاباً من قبله ولا بد ان يلحقه قبول المستفيد ، وهذا القبول يكون ضمنياً يستفاد من سكوت المستفيد وعدم الاعتراض وعدم رفض هذا الخطاب بعد وصوله اليه(٤) ·

ونرى أن قبول المستفيد للخطاب يظهر في عدم رفضه ، وعدم الرفض هو التصرف القانوني الضمني الصادر من المستفيد والذي عبر فيه بارادته عن قبوله لايجاب البنك كتصرف قانوني صادر من قبله ، وان التقاء التصرفين يعني انبرام العقد فيما بينهما(٥) ·

---

(٤) ذهب القضاء المصري الى ان التزام البنك في مواجهة المستفيد نشأ من ارادته المنفردة وظهر هذا الاتجاه في الكثير من الأحكام · انظر نقض مصري الطعن رقم ١٠١٣ السنة ٥٠ ق بتاريخ ١٩٨٥/١٢/٣٠ وورد فيه « ··· ولكن يجب لالتزام البنك بالخطاب أن يصل الى علم المستفيد ، وليس معنى ذلك انه يلزم قبول المستفيد بحيث يلتقي مع ايجاب صادر من البنك بل ان البنك بارادته المنفردة وحدها وهي كافية لذلك · ولكن معنى اشتراط وصول هذه الارادة الى المستفيد ان البنك يستطيع الرجوع في ارادته طالما لم يصبح للمستفيد حق نهائي ضد البنك » وانظر نقض مصري الطعن ٦١٨ السنة ٤٨ ق جلسة ١٩٨١/٣/٣٠ ورقم ٦٤٨ السنة ٤٨ ق جلسة ١٩٨١/٣/٣٠ وانظر د· محي الدين اسماعيل علم الدين : المرجع السابق ص ٥٩٢ ويقول « للمستفيد عندما يتلقى خطاب الضمان ان يعترض على محتوياته خلال فترة معقولة تكفي لبحث ما اذا كان مبلغ الخطاب هو التامين المطلوب وما اذا كانت شروطه تناسبه أو لا تناسبه » ·

(٥) انظر د· محي الدين اسماعيل علم الدين : المرجع السابق ص ٥٦٨ ويقول « ··· ومعنى ذلك ان المستفيد اذا لم يرفض الخطاب في وقت معقول من وصوله اليه فانه يعتبر غير معترض عليه » ويقول كذلك « ··· وانما يسمح القانون بان يكسب الشخص حقاً من عقد لم يكن طرفاً فيه وتلك هي صورة الاشتراط لمصلحة الغير وحتى في هذه الصورة احترم المشرع الحرية الشخصية فقرر ان هذا الحق لا يثبت اذا رفضه المستفيد منه » · وانظر د· رضا عبيد : المرجع السابق ص ٣٨٢ وما بعدها ويقول « وجود مستفيد من خطاب الضمان من العناصر الأساسية في هذا العقد ، اذ بدون وجود مستفيد لا نكون بصدد عقد اصدار خطاب ضمان مستكمل كافة العناصر القانونية المتطلبة لهذا العقد » ·

وهكذا فان مصدر التزام البنك أساسه الاتفاق الذي يربطه بالمستفيد وهذا الاتفاق كما اسلفنا هو القبول الضمني الصادر من المستفيد والذي يتضمن قبوله بخطاب الضمان الذي أصدره البنك بكافة شروطه من حيث قيمته ومدته • وبهذا لا يلتزم البنك بأية التزامات لم ترد في الخطاب وليس للمستفيد المطالبة بما لم يرد في هذا الخطاب(٦) لان البنك اذا أوفى بأي التزام لم يرد في خطاب الضمان فانه يمتنع عليه الرجوع على عميله بما وفى تأسيساً على ان العلاقة بينه وبين العميل عقدية •

واذا اصدر البنك خطاب ضمان لصالح مستفيد بشروط لم يتضمنها العقد المبرم فيما بينه وبين العميل فذلك يعني ان البنك أصدر الخطاب بشروط مغايرة لتلك التي اتفق عليها مع العميل ، وهو بذلك يلتزم بما أصدره ويتحمل مسؤولية تعويض الأضرار التي تلحق بالعميل اذا هو دفع مبلغاً أكبر من المبلغ المتفق عليه معه أو بعد المدة التي كانت محل هذا الاتفاق(٧) •

ونناقش فيما يلي التزامات البنك في مواجهة المستفيد وتدور في مجملها ضمن اطار التزامه بدفع قيمة الخطاب الى المستفيد بمجرد المطالبة في المطلب الأول وفي المطلب الثاني نتحدث عن آثار علاقة البنك بالمستفيد المتعلقة بالمطالبة بالدفع وتعديل الخطاب ومدة سريانه وتمديدها وفي المطلب الثالث نناقش مدى رجوع البنك الضامن على المستفيد •

---

(٦) انظر Gavlda, et stoufflet op. cit P. 12

وانظر نقض مصري الطعن رقم ١٣٤٢ السنة ٤٩ : جلسة ١٩٨٠/١٢/٢٢ مجلة المحاماة س ٦٥ وورد في حيثيات الحكم « ان علاقة البنك بالمستفيد يحكمها خطاب الضمان وحده وعباراته هي التي تحدد التزام البنك والشروط التي يدفع بمقتضاها حتى اذا ما طولب بالوفاء في اثناء سريان أجل الضمان وتحققت الشروط وقدمت اليه المستندات المحددة في الخطاب وجب عليه الدفع فوراً » •

(٧) تضمن مشروع القواعد والعادات المتعلقة بخطابات الضمان والصادر عن غرفة التجارة الدولية حكماً في المادة ١٣ ورد فيه « يتعين ان تكون شروط ونصوص خطابات الضمان وتعديلاتها كاملة ودقيقة ، ومن أجل تجنب اللبس وسوء الفهم يجب تجنب أي محاولة لتضمين تفصيلات مفرطة في خطاب الضمان أو التعديل » • راجع مشروع غرفة التجارة الدولية المتعلق بالقواعد الموحدة لخطابات الضمان الصادر بتاريخ ١٩٨٦/٥/٢٣ د• علي جمال الدين عوض : عمليات البنوك • المرجع السابق ص ٦٤٦ • وانظر د• حياة شحاته : المرجع السابق ص ٣٠٩ هامش ١ •

المطلب الأول

التزام البنك بدفع قيمة خطاب الضمان

١٢٨ـ البنك ليس وكيلا عن العميل ولا يلتزم بشروط خطاب الضمان على أساس انها وردت لمصلحة الغير بل يلتزم بشروط الخطاب على أساس ان التزامه في مواجهة المستفيد التزام أصيل ومستقل عن الالتزامات التي تضمنها عقد الأساس المبرم فيما بين العميل والمستفيد ، وكذلك عن الالتزامات التي تضمنها عقد اصدار خطاب الضمان المبرم فيما بين العميل والبنك ٠

لذا كان التزام البنك بدفع قيمة خطاب الضمان باتاً ونهائياً بما يحقق الوظيفة التي وجد من أجلها وهي كونه بديلا عن التأمين النقدي ، ويعني ذلك ان البنك لا يمكنه ان يرفض الوفاء لسبب يرجع الى علاقته بالعميل أو لسبب يرجع الى علاقة العميل بالمستفيد[١] ٠

وقضت محكمة التمييز بهذا الخصوص بقولها « وخطاب الضمان له خصائص وشروط لم تتوفر لهذه الكفالة ، أولها ان يكون التزام البنك أو المؤسسة المالية الذي يصدر الكفالة مستقلا عن التزام عميله المكفول ، وان يكون المبلغ الثابت به مستحقاً فور اصدار الخطاب ووصوله الى علم المستفيد منه »[٢] ٠

وبالاضافة الى كون التزام البنك باتاً ونهائياً فانه مستقل عن الالتزامات التي كانت أثراً للعلاقة فيما بين العميل والبنك ، وهو ما

---

(١) انظر د٠ محمد حسني عباس : المرجع السابق ص ١٤٠ ويقول « ونؤكد التزام البنك القطعي فيمتنع على البنك الغاء التزامه لان الأصل ان خطاب الضمان يرتب تعهداً نهائياً يصدر من البنك بمجرد طلب المستفيد » وانظر نقض مصري الطعن رقم ١٠٦ سنة ٣٧ : ورقم ١١ سنة ٤٠ ق جلسة ١٩٧٣/٣/١٤ س ٢٣ ص ٤٠١ ٠

(٢) انظر تمييز حقوق رقم ٨٩/١٠٣٨ مجلة النقابة السنة ٣٩ ص ١٣٥٣ ٠

يعني ان هذا الالتزام منفصل عن الالتزامات السابقة له ، لان أثر العلاقة فيما بين البنك والمستفيد أساسها خطاب الضمان وهذه الخصيصة لهذا الالتزام يترتب عليها النتائج التالية :

١ ـ لا يضمن البنك حسن تنفيذ العميل لالتزاماته في عقد الأساس بمواجهة المستفيد ، لانه لا يراقب التنفيذ ، ولو فعل ذلك لكان وكيلاً عن العميل أو كفيلاً له ٠

٢ ـ لا يجوز للبنك ان يرفض وفاء قيمة خطاب الضمان للمستفيد لسبب يرجع الى علاقة البنك بالعميل أو لسبب يرجع الى علاقة العميل بالمستفيد ٠

٣ ـ لا يجوز للبنك الامتناع عن دفع قيمة الخطاب بالدفع بالمقاصة بالنسبة لديونه المستحقة على العميل ولا ديونه في ذمة المستفيد ، ذلك لانتفاء شروط الدفع بالمقاصة بين حقوق البنك في مواجهة العميل ، وحقوق المستفيد من خطاب الضمان ، ومن جهة ثانية فان البنك لا تبرأ ذمته الا بدفع قيمة الخطاب للمستفيد ، وتبقى هذه الذمة مشغولة بمبلغ الخطاب في حالة الدفع بالمقاصة الا اذا كان وفاء البنك بقيمة خطاب الضمان للمستفيد يتم عن طريق التأشير على حساب المستفيد لديه على نحو تكون قد اختلطت قيمة خطاب الضمان بمبالغ للمستفيد وأصبحت غير مفرزة ، ويستطيع البنك في هذه الحالة اجراء المقاصة باقفال الحساب وتقع المقاصة باتحاد ذمة المستفيد والبنك أو المستفيد والعميل[٣] ٠

٤ ـ يلتزم البنك بان يسدد قيمة خطاب الضمان فورا كأثر لاستقلال التزامه عن العلاقات السابقة عليه بحيث تكون حدود هذا الالتزام هي قيمة الخطاب ضمن شروطه من حيث المدة والمستندات الواجب ابرازهـا ٠

---

(٣) انظر د٠ محي الدين اسماعيل علم الدين : المرجع السابق ٠ ص ٦٠٢ ٠ ويقول « كذلك يمكن ان تقع المقاصة القانونية اذا اتحدت ذمة العميل والمستفيد في شخص أي منهما ، فيصبح من حصل اتحاد الذمة في شخصه دائناً ومديناً للبنك ، فينقضي الحق والدين بالمقاصة ، ويرد غطاء خطاب الضمان عندئذ للعميل » ٠

وتتحقق مسؤولية البنك اذا هو تأخر في الدفع على نحو يرجع عليه المستفيد بالتعويض لان حق المستفيد ينشأ بمجرد المطالبة على نحو تنتقل اليه ملكية قيمة الخطاب ، ولا يستطيع البنك ان يحبس مالاً مملوكاً للمستفيد دون سند من القانون · ونرى ان مسؤولية البنك لعدم الدفع تقوم بصورتها الموضوعية تأسيساً على ان الضرر مفترض نتيجة عدم مبادرة البنك الى الدفع فوراً(٤) ·

وهكذا نرى ان على البنك ان يبادر الى الدفع فوراً وفي خلال اليومين التاليين لوصول مطالبة المستفيد اليه ، وهذه هي المدة المعقولة التي اذا وفى البنك للمستفيد خلالها يكون غير مخل بالتزامه في مواجهة المستفيد ·

ومع ذلك ذهب البعض الى القول بان البنك ملتزم باخطار العميل بمطالبة المستفيد وللأخير حق الاعتراض على الدفع ويترتب على ذلك امتناع البنك عن الوفاء ·

ونحن نرى ان واجب البنك تجاه عميله ان يعلمه بكل ما من شأنه ان يؤثر في مركزه المالي والقانوني ، ويتعين على البنك اخطار عميله بانه سيقوم بدفع قيمة الضمان لورود مطالبة المستفيد ليصبح العميل على علم

---

٤) انظر د· علي جمال الدين عوض : عمليات البنوك · المرجع السابق ص ٤٨٢ ويرى انه لا حاجة بالبنك لاخطار العميل قبل ان يدفع للمستفيد · وانظر د· رضا عبيد : المرجع السابق ص ٤٤٧ ويقول « انه يمكن للمستفيد مطالبة البنك بالتعويض لو تأخر في دفع قيمة الخطاب حتى ولو لم يثبت الضرر اذ يفترض لمجرد عدم مبادرة البنك بالصرف لدى الطلب أو وفقاً لشروط الخطاب ، وكما ان مماطلة البنك في الدفع قد يضعه في موقف الشخص سيء النية مما يعني زيادة قيمة التعويضات التي يحكم بها عليه » ·

وانظر .

Michel vasseur (D, 1986, 166) La lettre De Garantie op. cit

ويرى ان البنك غير ملزم باخطار العميل قبل دفع قيمة الخطاب ·

بما أتخذه المستفيد من اجراء[٥] والبنك وهو يقوم بذلك انما يقوم به خارجاً عن كل التزام قانوني ٠

ولا يعني اخطار البنك عميله قبل ان يدفع قيمة خطاب الضمان الى المستفيد ان من حق العميل المعارضة في الدفع[٦] ولا يتعدى حق العميل مقاضاة المستفيد فيما قبضه دون وجه حق بناء على العلاقة الأصلية بينهما والتي هي عقد الأساس ٠

ويقول الدكتور محسن شفيق في هذا المجال ان البنك يوفي بالتزام شخصي مستقل عن العلاقة بين العميل والمستفيد ، ويرى كذلك انه يجوز للعميل الرجوع على المستفيد لاسترداد ما قبضه من البنك اذا كان لديه ما يبرر هذا الرجوع كما اذا كانت العلاقة أبطلت أو فسخت[٧] ٠

وتأيد هذا الرأي بتوجه محكمة النقض المصرية في أحكام عديدة قضت فيها ان البنك لا يجوز ان يمتنع عن تنفيذ التزامه بدفع قيمة خطاب الضمان وانه على المدين أي عميل البنك ان يتوجه هو بالشكوى الى القضاء اذا قدر انه غير مدين أو ان مديونيته لا تبرر ما حصل عليه المستفيد من البنك[٨] ٠

---

(٥) انظر في قضاء النقض الفرنسي :

Com. 19 nov, 1985, Banque Intercontinantale Arab. C. Banque Catalane de development et autres AV Cassation de montpellier 2e ch, 19, Janv. 1984.

(٦) تضمن مشروع قواعد خطابات الضمان المعد من غرفة التجارة الدولية حكماً في المادة ٢٣ فقرة هـ يقضي بقيام البنك مصدر خطاب الضمان باخطار العميل بمطالبة المستفيد وذلك بأي وسيلة سريعة ٠ « البنك الذي كلف من آمر باصدار الضمان يجب عليه ان يخطر الآمر بمطالبة المستفيد بوسيلة سريعة » ٠

(٧) انظر د٠ محسن شفيق : الوسيط في القانون التجاري ط ١٩٦٢ ٠ الجزء الثالث بند ٤٧٥ ٠

(٨) نقض مصري ٠ الطعن رقم ٢٩٤ السنة ٣٥ ق جلسة ١٩٦٩/٥/٢٧ والطعن رقم ١٠٦ السنة ٣٧ ق ورقم ١١ السنة ٤٠ ق جلسة ١٩٧٣/٣/١٤ والطعن ١٠١٣ السنة ٥٠ ق جلسة ١٩٨٥/١٢/٣٠ ٠

وهذا هو التوجه القضائي الفرنسي وردد هذا القضاء في أحكامه ما استقر بشأنه من ان التزام البنك في مواجهة المستفيد مستقل عن أية التزامات ناشئة عن علاقة البنك بالعميل أو علاقة الأخير بالمستفيد ٠

وقضت محكمة النقض الفرنسية بانه ليس للعميل المعارضة في الوفاء ولا يمكنه منع البنك من الوفاء بالتزامه المباشر قبل المستفيد لسبب يعود الى مخالفة هذا الأخير لالتزاماته قبل العميل(٩) ٠

ورأى بعض الفقه « ان صفة استقلال الضمان ليست مجرد وصف للضمان ، بل هي لب فكرته وقلبها وهي التي تبعده عن الكفالة التابعة وتؤدي دورا جوهرياً في معرفة وترتيب آثاره ٠ وهذه الصفة تؤدي الى صفتين مرتبطتين لكنهما مستقلتان ، فالضمان ينشيء ديناً جديداً وهو مستقل عن الدين الذي يضمنه » ٠

ويقول الدكتور علي جمال الدين عوض بشأن استقلال التزام البنك الناشيء عن خطاب الضمان في مواجهة المستفيد « وهكذا فان ارادة الطرفين هي التي تفسر ان التزام البنك مستقل ومنفصل عن عقد الأساس وتتوقف قوة التزام البنك على عبارات خطاب الضمان »(١٠) ٠

أما بشأن نتائج استقلال التزام البنك في مواجهة المستفيد فحددها الاستاذ ريف لانج بقوله « يستقل التزام البنك عن الروابط التي أدت الى نشأته وهذا يؤدي الى ما يلي :

١ ــ انه ليس تابعاً كما هو شأن الكفالة ٠

---

(٩) انظر نقض فرنسي ٠ الدائرة التجارية جلسة ١٩٨٢/١٢/٢٠ ٠ دالوز سيري ١٩٨٣ ، ٣٦٥ بجلسة ١٩٨٤/١٠/١٧ ، ١٩٨٥ ، ١ ، ٥٢ ٠ وجلسة ١٩٨٥/٢/٥ دالوز سيري ٢٦٩ ٠

(١٠) انظر في آراء الفقه بشأن استقلال التزام البنك د٠ علي جمال الدين عوض : خطابات الضمان ٠ المرجع السابق ص ١٤٦ ٠

٢ ـ هو مستقل كما هو شأن التزام البنك في الاعتماد المستندي القطعي وكما يلزم النظر في الاعتماد القطعي الى جانب الاعتماد وحده لمعرفة مدى التزام البنك كذلك ينظر الى خطاب الضمان وحده لمعرفة مدى التزام البنك الضامن ٠

٣ ـ ويبدو هذا الاستقلال عملا بتطبيق مبدأ عدم الاحتجاج بدفوع عقد الأساس أو أية رابطة أخرى ٠ فليس للبنك التمسك بعيوب علاقته بالآمر مثلا كافلاسه ولا بعيوب عقد الأساس ، وبخاصة على البنك الضامن الأول ، ولا على المستفيد ٠ فبطلان العقد الأساسي لا يؤثر على الضمان وكذلك فسخ عقد الأساس لا يؤثر على الضمان بل بالعكس قد يبرر ان طلب وفاء الضمان لرد الدفعات المقدمة أو حسن التنفيذ أو سوء تنفيذ رب العمل كما وان التنفيذ الكامل من جهة العميل وحسن التنفيذ وتنفيذ التزاماته كلها لا تبرر المعارضة في الوفاء بخطاب الضمان لانه مستقل عن عقد الأساس الذي صدر بمناسبته ٠

٤ ـ ويترتب ان البنك لا يستطيع التمسك بدفع مستمد من عقد الأساس ، وان شرط التحكيم الوارد بعقد الأساس لا يمتد اليه وكذلك تحديد الاختصاص القضائي ، وليس للعميل الآمر ان يقاضي البنك الذي أصدر الضمان ، والبنك الذي أصدر الضمان المقابل أمام نفس المحكمة لعدم وجود ارتباط بين الالتزامين ، وليس للقاضي المرفوعة أمامه دعوى ضد البنك الضامن ان يوقفها حتى يقضي في عقد الأساس ، ولكن يجوز للبنك ان يطلب ابطال الضمان اذا وجد سبباً لابطاله وهذا لا ينفي استقلال الالتزام الناشيء عن خطاب الضمان(١١) ٠

٥ ـ استقلال الضمان عن عقد الأساس هو القاعدة ولكنه يخف بالنسبة للروابط القانونية الأخرى ولهذا التخفيف من الاستقلال مظاهر ثلاثـــة :

---

(١١) انظر ريف لانج : نتائج استقلال التزام البنك ٠ مجلة بنك ١٩٨٧ ص ١١ ٠ مشار اليه في د٠ علي جمال الدين عوض : المرجع السابق ص ١٤٧ ٠

فبالرغم من انه ملتزم بصفة شخصية فان على البنك ان يخطر الآمر فور طلبه وفاء الضمان • وكذلك فانه يسأل أمامه اذا اساء تنفيذ تعليماته التي تلقاها ، كما يتراجع المبدأ في حالة الغش من المستفيد ، وخلاصة ما تقدم بشأن التزامات البنك في مواجهة المستفيد ، يمكن اجمالها بان البنك يلتزم بالوفاء بقيمة الخطاب متى تقدم المستفيد بمطالبته ، وهو ما يبرر أهمية مطالبة المستفيد لان في ذلك اجراءً جوهرياً يترتب عليه مبادرة البنك الى الدفع ، ولا يستطيع البنك الدفع دون قيام هذا الاجراء وهو ان فعل فعلي مسؤوليته ولا يمكنه الرجوع بما دفع على العميل لانه يعد مخلا بالتزاماته الناشئة عن العلاقة العقدية مع العميل في عقد اصدار خطاب الضمان •

ومن جهة ثانية يعتبر البنك مخلا بالتزامه مع المستفيد اذا طالبه الأخير بالوفاء فتمنع أو تراخي ، حتى ولو ابطل التزام العميل قبل المستفيد بمعنى انه لو انفسخ عقد الأساس الذي كان سبباً في اصدار خطاب الضمان فلا يؤثر ذلك في التزام البنك في مواجهة المستفيد بان يدفع قيمة الخطاب اذا طالبه الأخير ، ذلك لان البنك لا شأن له بعلاقة المستفيد بالعميل •

وأساس ذلك ان التزام البنك في مواجهة المستفيد مستقل ومنبت الصلة بالعلاقات فيما بين المستفيد والعميل أو فيما بين البنك والعميل[١٢] •

كذلك ليس للبنك ان يجادل المستفيد في استحقاقه لقيمة خطاب الضمان ولا بمدى تنفيذ التزاماته في مواجهة العميل ، وأساس هذا ان البنك ليس وكيلاً عن العميل ولا كفيلاً له ، ويترتب على ذلك انه

---

(١٢) انظر د• رضا عبيد : المرجع السابق ص ٣٩٤ ويقول « والأساس في ذلك ان التزام البنك قبل المستفيد التزام مستقل ، نتيجة اختلاف مصدر الالتزام في كلا الحالتين فمصدر الالتزام بين العميل والمستفيد هو العقد الأصلي الذي يحكم علاقة الطرفين في حين مصدر التزام البنك في علاقته بالمستفيد هو خطاب الضمان ذاته فيلتزم البنك ان ينفذ التزامه بالدفع ، والعميل وشأنه بعد ذلك مع المستفيد حيث يمكنه عمل المطالبات القضائية الواجبة والتي تمكنه من الحصول على حقه » •

يتوجب على البنك الوفاء للمستفيد بقيمة الخطاب دون التفات الى أية معارضة من جانب العميل حتى ولو كانت معارضة العميل جدية وتستند الى مستندات ، لان القول بخلاف ذلك يزعزع الثقة في خطاب الضمان ويلغي الصفات التي يمتاز بها والتي هي سمات العلاقات القانونية الناشئة عنه ٠

واذا كان لدى العميل أسباب جدية لمنع البنك من الوفاء للمستفيد ، فانه وان كان لا يستطيع المعارضة في الوفاء كوسيلة يحمي بها حقوقه الا انه يستطيع بوسائل أخرى ايجاد وسيلة حماية مانعه تحول بينه وبين الضرر الذي يصعب تداركه ، ونرى ان القضاء هو تلك الوسيلة التي يستطيع بواسطتها العميل مخاصمة البنك لمنعه من الوفاء للمستفيد ، والعميل اذ يفعل ذلك فانه يمارس حقه في حماية حقوقه وله مصلحة اكيدة في ذلك ٠

ولعل قاضي الأمور المستعجلة يملك سلطة اصدار حجز قيمة خطاب الضمان بطلب من العميل اذا اثبت الأخير تعسف المستفيد ويكون ذلك بتقديم البينة على ان المستفيد مدين للعميل بمبلغ يساوي أو يزيد عن مبلغ الضمان ٠

ونرى انه يتعين على قاضي الأمور المستعجلة ان لا يصدر قراراً كما اسلفنا الا بعد سماع اقوال الاطراف الأخرى ومنهم المستفيد لا ان يكتفي باصدار القرار في غرفة المذاكرة (تدقيقاً) ، ويسأل العميل اذا تبين انه غير محق في دعواه ، ولا يسأل البنك عن أية اضرار أصيب بها المستفيد خاصة ما نتج عن الحكم القضائي ٠

وأخير ليس للبنك تعديل الشروط الواردة في خطاب الضمان بعد وصوله الى المستفيد ، ويمتنع على طرفي الخطاب المصدر والمستفيد اجراء أي تعديل في شروط هذا الخطاب ، أما قبل وصول الخطاب الى المستفيد فللبنك اجراء ما يراه من التعديلات ضمن اتفاقه مع العميل ، وللمستفيد رفض خطاب الضمان ، وللبنك حق عدم اصدار هذا الخطاب وهذا ما نتصدى له بالحديث في المطلب الثاني والذي يمثل آثار علاقة البنك بالمستفيد لجهة المطالبة بالدفع أو تعديل تاريخ انتهاء مدته ٠

المطلب الثاني

المطالبة بالدفع أو تمديد مدة خطاب الضمان

١٢٩ـ يقوم خطاب الضمان على شرطين **أولهما** الدفع عند أول مطالبة **وثانيهما** عدم الالتفات الى معارضة العميل ، وهذان الشرطان صحيحان ، ولا يتعارض وجودهما مع النظام القانوني للعلاقات التي كانت محور حديثنا بين اطراف عميله خطاب الضمان طالما انتهينا الى خصائص الالتزام الناتج عنه بانه مستقل عن العلاقة التي كانت سببه ، وانه ليس تابعاً كما هو شان الكفالة ٠

لذلك جرى العرف التجاري والمصرفي على انه اذا أوشكت مدة سريان خطاب الضمان على الانتهاء دون التحقق بان العميل نفذ التزامه في مواجهة المستفيد بادر الأخير الى مطالبة البنك بدفع قيمة الخطاب أو مد مدته التي اشرفت على الانتهاء ٠

١٣٠ـ المطالبة بالدفع :

هو الاجراء الذي يقوم به المستفيد ويطالب بموجبه البنك مصدر الخطاب بالوفاء خلال المدة المحددة ، والتزام البنك بالوفاء يأتي نتيجة لهذه المطالبة ، لان مودي سريان خطاب الضمان خلال مدة معينة هو التزام البنك بوفاء قيمته خلال هذه المدة ، ولا يعتبر تاريخ تحريره بداية استحقاق الالتزام بل يلتزم البنك بالدفع طوال مدة الضمان حتى التاريخ المذكور في خطاب الضمان باعتباره حداً أقصى لنفاذه(١) ٠

وتأسيساً على ذلك فان ملكية مقابل وفاء خطاب الضمان تبقى للبنك ما دام ان المستفيد لم يطالب به ، أما اذا طالب بقيمة خطاب الضمان

(١) انظر د٠ احمد زكي الشيتي وفاروق غلاب : المرجع السابق ص ٧٢ أبحاث ونقض مصري ٠ الطعن رقم ٢٩٤ السنة ٣٥ ق بجلسة ١٩٦٩/٥/٢٧ ٠

فينشأ له المركز القانوني مجسداً للحق الذي يمثله الخطاب وهو قيمته ، بما يعني ان ذمة البنك تصبح مشغولة لصالح المستفيد بمبلغ مستحق هو الثابت في خطاب الضمان ٠

ولا نرى كما ذهب البعض ان ملكية المبلغ المحدد في خطاب الضمان تنتقل الى المستفيد بمجرد مطالبته بالدفع ، لان هذا ينصرف فقط الى ملكية الحق في الأوراق التجارية وبعض الأوراق المالية الأخرى التي تتضمن أمراً من شخص لآخر بان يدفع لثالث وتنتقل بالتظهير ، وهذا لا يتوافر في خطاب الضمان ، لان البنك يكون مديناً ويلتزم بصورة مستقلة بان يدفع قيمته للمستفيد بالاضافة الى ان هذا الخطاب لا يجوز التنازل عنه بالتظهير(٢) ٠

والتزام البنك بدفع قيمة خطاب الضمان هو الرئيس ، ويتعين ان يبادر الى تلبية الطلب المقدم من المستفيد بالدفع ، وانه اذا كان من التزاماته في مواجهة العميل التثبت من شرط معين ، فلا يعني ذلك ان التزامه تابع لالتزام العميل لان مودي تعهده ومضمونه وحدوده تقف عند الدفع عند أول طلب من المستفيد ، وان تراخي البنك في الدفع يعرضه للمساءلة عن الضرر الذي يسببه للمستفيد بتضمينه الفوائد القانونية(٣) ٠

ولان خطابات الضمان الاكثر شيوعاً هي التي تصدر غير مشروطة ، وعلى الرغم اننا قررنا ان الخطاب المشروط لا يعد خطاب ضمان بالخصائص

---

(٢) انظر د٠ رضا عبيد : المرجع السابق ص ٤٠١ ويقول « لا تنتقل ملكية المال موضوع خطاب الضمان الى المستفيد الا بعد المطالبة بقيمته » ويقول « يترتب على ذلك ان المستفيد لا يستطيع التصرف عن طريق تظهيره للغير ، ذلك ان خطاب الضمان ينشيء حقاً شخصياً للمستفيد في ذمة البنك لانه يصدر لشخصه ومن ثم فلا يكون الخطاب قابلا للتداول أو التنازل عنه بأي طريق من الطرق ، فلا يستطيع المستفيد ان يحول الخطاب أو يظهره للغير » ٠

(٣) انظر د٠ محي الدين اسماعيل علم الدين : المرجع السابق ص ٥٧٠ ٠

التي يمتاز بها ومنها تعهد البنك بالدفع عند أول طلب ودون معارضة من العميل ، الا انه من الجائز ان تصدر خطابات الضمان بشروط لا تؤثر في طبيعته من حيث هو يمتاز بالخصائص التي ذكرناها ، وانه لذلك لا بد ان يستوفى المستفيد تلك الشروط قبل ان يتقدم من البنك يطالبه بالدفـــع ٠

أما مطالبة المستفيد فتكون بالمبلغ الذي تضمنه الخطاب ، وله ان يطالب بهذا المبلغ على دفعات اذا نص الخطاب على جواز ذلك ، على انه يشترط ان تتم المطالبة سواء كانت دفعة واحدة أو على دفعات ضمن المدة المحددة في الخطاب ٠

وهكذا فان المستفيد يبادر الى طلب خطاب الضمان الذي كان اصداره من البنك بناء على طلب العميل تنفيذاً لالتزام على عاتقه بموجب عقد الأساس الذي أبرمه مع المستفيد ٠ وهذا يعني ان الأخير لا يطالب البنك بالدفع الا اذا أخل العميل بالتزاماته الناشئة عن عقد الأساس ، والاخلال من جانب العميل يكون اما بالتأخير في التنفيذ ، أو بالامتناع عن التنفيذ أو عدم القدرة على ذلك ، ففي الحالتين الثانية والثالثة لا سبيل أمام المستفيد الا مطالبة البنك بالدفع لانه فقد الأمل بشأن التزامات العميل ، أما في الحالة الأولى وهي تأخر العميل في التنفيذ وما يشبه هذه الحالة كالخلاف حول نقاط معينة اثناء التنفيذ ، فان المستفيد لا يلجأ الى طلب دفع خطاب الضمان لانه يحافظ على استمرار علاقته مع العميل فترة معقولة يطالب بعد انقضائها البنك بدفع قيمة الخطاب أو تمديد مدته ، وهذه المبادرة من جانب المستفيد تعبر عن حسن نيته في اعطاء العميل فرصة لتنفيذ التزامه أو التوصل الى حل الخلاف فيما بينهما ٠

لذلك فان المستفيد يلجأ الى مثل هذا الأسلوب وهو المطالبة بالدفع أو تمديد مدة الخطاب عندما تشرف المدة على الانتهاء قبل ان ينفذ العميل

التزامه(٤) أما مدى حق المستفيد في طلب تمديد فترة سريان الخطاب وهل يملك البنك ذلك فسيكون الحديث عنه في الفقرة الثانية ٠

١٣١ـ تمديد مدة خطاب الضمان :

يبقى التزام البنك سارياً طيلة فترة صلاحية خطاب الضمان ، وصلاحية الخطاب تكمن في مدته وتعتبر نهاية المدة الحد الاقصى الذي يسقط بنهايتها حق المستفيد في الرجوع على البنك ، ذلك لان حق المستفيد ينشأ منذ وصول الخطاب اليه وعلمه به ويسقط ضمان البنك اذا لم تصل مطالبة المستفيد حتى التاريخ المحدد ، وكل مطالبة تصل البنك بعد هذا التاريخ غير ملزمة(٥) ٠

ومن جهة ثانية فان خطاب الضمان الذي لا يتضمن مدة للضمان فيعتبر أعمالا للقاعدة العامة انه غير محدد المدة ، ومثل هذا الخطاب يبقى ساري المفعول الى ان ينهيه البنك ، ويشترط لانهاء مدة الخطاب بالارادة المنفردة للبنك ان ينذر المستفيد والعميل بعزمه قبل انهائه بمدة معقولة وبوقت مناسب ، واذا كانت المدة المعقولة تقدر زمنيا من قبل المحكمة المختصة ، ولهذه المحكمة كذلك تقدير الوقت المناسب وذلك بمناسبة كل عملية ، فان المدة المعقولة التي نراها ثلاثة أيام من تاريخ وصول الانذار ، أما الوقت المناسب فهو الذي لا يكون انهاء خطاب الضمان اثناءه سبباً في اضرار كبيرة تلحق المستفيد أو العميل ٠

---

(٤) انظر د٠ علي جمال الدين عوض : المرجع السابق ص ١٨٢ ٠ د٠ سميحة القليوبي . المرجع السابق ص ٤٤٢ وما بعدها ٠ د٠ محمود سمير الشرقاوي : المرجع السابق ص ٥٧١ ٠ د٠ محي الدين اسماعيل علم الدين : المرجع السابق ص ٥٦٩ ٠ د٠ رضا عبيد : المرجع السابق ص ٤٠٥ ٠ د٠ حياة شحاته : المرجع السابق ص ٣٠٧ ٠

(٥) د٠ علي جمال الدين عوض : خطابات الضمان ٠ المرجع السابق ص ١٨٣ وانظر نص المادة ١٦ من مشروع القواعد الموحدة لخطابات الضمان الصادرة عن غرفة التجارة الدولية « يتعين ان يكون ميعاد انتهاء صلاحية خطاب الضمان باتاً ، أي يحدد بتاريخ نهائي يتسلم البنك خلال هذه المدة مطالبات السداد او عند تقديم مستند معين للبنك » وكذلك المادة ١٨ من ذات المرجع وتنص « يكون الضمان ساري المفعول بدأ من تاريخ اصداره للمستفيد ما لم يتم تضمين فترة بديلة في شروطه » ٠

وهكذا فان الأصل في مدة خطاب الضمان انها محددة لا يجوز تعديلها بالانقاص أو الزيادة ، الا ان العلاقات التي انتهت باصدار خطاب الضمان بشروط معينة ، يمكن لاطراف هذه العلاقات ان يعدلوا منها ما يشاؤون، ولان خطاب الضمان يصدر بموجب اتفاق فيما بين البنك والعميل فانه من الجائز للعميل ان يطلب من البنك مد أجل الخطاب ويشترط في ذلك موافقة البنك ، ولان خطاب الضمان يصدر أعمالا للشرط الذي تضمنه عقد الأساس المبرم فيما بين العميل والمستفيد فان اتفاق المستفيد والعميل على تمديد مدة الخطاب جائزة ، وهذا الاتفاق ينتج عنه التزام العميل بالطلب من البنك التمديد ٠

وعلى ذلك فان النتيجة بشأن تمديد مدة الخطاب تتلخص في ان المستفيد يمكنه ان يطلب من العميل تمديد المدة قبل انتهائها ويسعى الاخير لدى البنك الضامن ليطلب التمديد ، حتى اذا ما وافق البنك على ذلك امتدت المدة الى التاريخ الجديد الذي وافق البنك عليه ٠

ويجوز للمستفيد كذلك ان يوجه الى البنك طلباً لتمديد مدة خطاب الضمان ، وبمثل هذه الحالة ، اما ان يرفض البنك التمديد وهذا حق له ، واما ان يعود الى عميله ليسأل رأيه فاذا اجاز العميل التمديد يكون للبنك وفق مصلحته ان يوافق على التمديد والا من حقه ان يرفض الطلب الذي قدمه المستفيد ٠

وتأسيساً على ذلك ليس للبنك ان يستقل دون موافقة عميله بمد أجل خطاب الضمان عن الأجل الموقوت فيه والمتفق على تحديده مقدماً[٦] ، وارست محكمة النقض المصرية قواعد تتعلق بمد أجل خطاب الضمان وقضت بأحكام عديدة انه لا يجوز للبنك ان يستقل بمد أجل خطاب الضمان دون موافقة عميله ما دام ان للضمان أجلاً موقوتاً في الخطاب صار الاتفاق بشأنه مقدماً ٠

---

(٦) انظر نقض مصري ـ الطعن ٩١١ سنة ٤٧ ق جلسة ١٩٧٩/١٢/٣١ والطعن ١٥٩ سنة ٤٦ ق بجلسة ١٩٨٠/٢/١١ والطعن ١٣٤٢ السنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨٠/١٢/٢٢ ٠
وراجع في هذا الاحكام د٠ أحمد حسني : المرجع السابق ص ٢١٩ ٠

وانه اذا تقدم المستفيد بطلب الى البنك بمد أجل الخطاب ، ولم يرد البنك ، أو استمرت المفاوضات بشأن التمديد الى ان انتهت مدة الخطاب سقط التزام البنك بالضمان ولا يجوز للمستفيد بانقضاء المدة الرجوع على البنك ٠

أما حق المستفيد في طلب مد فترة سريان الخطاب من العميل كما هو الأصل ، فان ذلك ايجاباً يوجهه المستفيد الى العميل ، او العكس ويحدث هذا الأمر بنتيجة مفاوضات فيما بينهما أساسها ان العميل لم يستطع انجاز التزامه في الميعاد المتفق عليه في عقد الأساس الذي يربطه بالمستفيد ، وبهذه الحالة يتفق العميل مع المستفيد على مد فترة سريان الخطاب ويطلب العميل من البنك مد المدة ٠ وعليه فان الطلب الذي يتقدم به المستفيد الى البنك ويتضمن تمديد مدة خطاب الضمان لا يرتب أثراً اذا رفضه البنك أو اذا امتنع عن الرد عليه ، واذا تأخر المستفيد في مطالبة البنك بدفع قيمة الضمان الى ان انقضت مدة الضمان انتظارا لرد البنك يسقط حقه بالمطالبة بقيمة الخطاب اذا انتهت مدته ٠

وهناك حالة يوجه فيها المستفيد الى البنك طلباً يخيره فيها بين دفع قيمة الخطاب أو مد مدته في محاولة من جانبه للابقاء على العلامة التي كان مبناها حسن النية في تعاملة مع عميله ، وهو اذ يفعل ذلك تكون مدة الخطاب قد اشرفت على الانتهاء ، وأثار مثل هذا الطلب جدلا بين البنوك والمستفيدين وفقهاء القانون ، فمنهم من ذهب الى ان للمستفيد حقاً في طلب الدفع أو التمديد ، وان البنك ملتزم بالدفع والا التمديد تأسيساً على انه لا يعتد بمعارضة العميل بالوفاء ، ولذلك ليس هناك حاجة لاخذ موافقة العميل على مد صلاحية الضمان ، على اعتبار ان التمديد أخف التزاماً من دفع القيمة(٧) ٠

---

(٧) انظر رأي ادارة الفتوى والتشريع المصري مشار اليه في د٠ رضا عبيد : المرجع السابق ص ٤٠٧ ٠

وذهب رأي آخر الى ان المستفيد لا يستطيع الطلب الى البنك الدفع أو مد مدة الخطاب لانه اذا كان يملك حق طلب الوفاء فهو لا يملك حق طلب التمديد من البنك ، ولعل وجاهة هذا الرأي تكمن في القول « ان المدة ركن من اركان عقد خطاب الضمان ، والدفع من الالتزامات المنوطة بالبنك طبقاً لخطاب الضمان ، وعدم قيام البنك بدفع قيمة الخطاب يُعدم الثقة الواجب توافرها فيه ، لانها ترتبط بهذا العقد وحده » ٠

وطبقاً لهذا العقد يقوم البنك باصدار خطاب الضمان بحيث يحدد فيه الشروط التي بموجبها يوفي بالتزامه للمستفيد وبموجبها ينشيء خطاب الضمان في ذمة البنك التزاماً محدداً هو الدفع ٠ وهذا الالتزام بالدفع التزام مجرد وبات أي مستقل ولا يجوز الرجوع فيه ٠ لذلك يلتزم المستفيد بالشروط الواردة في هذا الخطاب ، فاذا كان خطاب الضمان يعطي للمستفيد الحق في طلب المد التزم البنك بتنفيذ هذا الطلب ، أما اذا لم ينص في الخطاب على ذلك فلا يستطيع المستفيد الزام البنك به على انه اذا طالب المستفيد بقيمة الخطاب أو مد المدة فان هذا يعني عدم وجود اخلال من جانب العميل في تنفيذ التزامه بمواجهة المستفيد ، وان ما يخشاه المستفيد هو ضياع ضماناته التي يوفرها له خطاب الضمان٠

ومع ان القول « **بان طلب المستفيد دفع القيمة أو مد المدة يعني عدم وجود اخلال من جانب العميل في تنفيذ التزامه مع المستفيد** » قول جدير بالأخذ به بعين الاعتبار ، الا ان ذلك يمكن ان يكون دفعاً يتقدم به العميل للقضاء ، ولكن لا يكون جديراً للأخذ به كسبب لاسقاط حق المستفيد ٠ ونرى انه طالما تقرر ان المستفيد يملك حق المطالبة في دفع قيمة خطاب الضمان اثناء مدة سريانه ، فان له هذا الحق سواء طالب به بصورة مستقلة أو مقروناً بخيار البنك ان يدفع أو يمد المدة ، لان التزام البنك في الدفع يجب يكون ذا أثر ، وهذا الأثر هو المسؤولية عن الامتناع اذا انقضت مدة سريان الخطاب بسبب تراخي البنك في الاجابة أو بسبب الاتصالات التي اجراها مع العميل وانتهت برفض العميل ، والمستفيد

عندئذ له ان يرجع على البنك طالباً وفاء قيمة الخطاب على أساس ان مطالبته الأولى التي صدرت منه اثناء سريان مدته الالزامية كانت بمد الضمان أساساً أو الوفاء فوراً اذا لم يمتد الضمان(٨) ٠

ولعل ما ذهبت اليه محكمة النقض المصرية يعتبر الأساس السليم للابقاء على خطاب الضمان قوياً يقوم بوظيفته التي وجد من أجلها ، وهذا التوجه القضائي يدعم أركان خطاب الضمان ، التي منها استمرار التعامل به على أساس من الثقة ، وقضت محكمة النقض المصرية في قرار حديث بان :

« خطاب الضمان وان صدر تنفيذاً للعقد المبرم بين البنك والمدين المتعامل معه ، الا ان علاقة البنك بالمستفيد الذي صدر خطاب الضمان لصالحه هي علاقة منفصلة عن علاقته بالعميل من مقتضاها ان يلتزم البنك وبمجرد اصدار خطاب الضمان ووصوله الى المستفيد باداء المبلغ الذي يطالب به هذا الأخير فور طلبه باعتباره حقاً له يحكمه خطاب الضمان ، طالما كان هذا الاداء في حدود التزام البنك المبين به ولا يسقط هذا الالتزام اذا طالب المستفيد البنك اثناء مدة سريان الخطاب بالوفاء أو مد أجل الضمان ، اذ لا يتصور ان يضار المستفيد لمجرد انه عرض امكان انتظاره اذا امتد خطاب الضمان مدة أخرى ، والقول بغير ذلك من شأنه تبديد الطمأنينة التي يستهدفها نظام خطابات الضمان في التعامل ، وتأسيساً على ذلك يكون وفاء البنك في هذه الحالة وفاءً صحيحاً متى وصلت اليه مطالبة المستفيد خلال سريان مفعول خطاب الضمان ، ويرتب له حق الرجوع على عميله بقدر المبلغ المدفوع حتى لو كان هذا الوفاء

---

(٨) انظر د٠ علي جمال الدين عوض : المرجع السابق ص ١٩٦ وقرب ٠ د٠ رضا عبيد : المرجع السابق ص ٤٠٨ ٠ وقارن د٠ محي الدين اسماعيل علم الدين : المرجع السابق ص ٥٩٦ ويقول « ٠٠٠ لذلك ليس صواباً ان يرسل المستفيد مطالبته الى البنك متضمنة التخير بين الدفع والتمديد لان طلب الدفع يختص به البنك دون العميل وطلب التمديد يختص به العميل دون البنك ، لذلك يجب ان ينظر البنك طلب الدفع مستقلا من حيث مدى استحقاق المستفيد له ، وله ان يبلغ طلب التمديد الى العميل مع طلب الدفع ، فان اختار العميل التمديد كان للبنك ان ينظر فيه لان التمديد لا يتم الا باجتماع ارادة البنك والعميل » ٠

بعد انتهاء سريان الخطاب ، لان العبرة في ذلك بتاريخ وصول المطالبة بالوفاء بصرف النظر عن تاريخ الوفاء ذاته »[٩٠] .

ولعل ما استقر القضاء بشأنه من ان البنك لا يملك سلطة تمديد مدة الخطاب تدفعنا للتسليم بذلك ، ونحن اذ نؤيد هذا التوجه ، نقول ان اساس موقفنا هو ان خطاب الضمان لا يصدر الا تنفيذاً لالتزام المدين في عقد الأساس ، وانه لذلك ليس للبنك ان يصدر خطاب الضمان الا بالاتفاق مع عميله ، وهذا يعني ان البنك لا يجوز ان ينفرد بتمديد هذا الخطاب بدون موافقة العميل .

وأول التطبيقات القضائية لهذا التوجه كان حكم محكمة النقض المصرية في الطعن رقم ١٥٩ لسنة ٤٦ ق ، وتتلخص وقائع الدعوى انه بتاريخ ١٩٤٨/١٠/٢٦ اصدر البنك خطاب ضمان لمدة سنتين بناء على طلب عميله ولصالح مصلحة الاشغال العسكرية ضماناً لتنفيذ مقاولة اسندت الى العميل ، وبتاريخ ١٩٥٥/١٠/٢٤ دفع البنك قيمة الخطاب بناء على طلب الجهة المستفيدة وبعد ذلك تقدم البنك بدعوى يطالب ورثة العميل ان يسددوا له من تركة مورثهم مبلغ الضمان ، وكان مبنى الطعن ان محكمة الاستئناف اذ قضت بالزام ورثة العميل بسداد قيمة خطاب الضمان الذي أوفاه البنك الى الجهة المستفيدة بعد انتهاء أجل الضمان تكون قد خالفت ما اتفق عليه مورثهم مع البنك في خطاب الضمان بأن يسري مفعوله لموعد غايته ١٩٥٠/٤/٢٥ ، وان انتهاء هذه المدة يصبح الضمان لاغيا من تلقاء نفسه ، وورد في حكم النقض ان النعي بهذه الصورة سديد ، وقالت :

« انه لما كان البين من مدونات الحكم الابتدائي ان الطاعنين تمسكوا أمام محكمة أول درجة بان خطاب الضمان لم يدفع قيمته خلال سريان أجله الذي لم يوافقوا على مده فلا يحاجون بوفاء قيمته ، وقد أخذت محكمة أول درجة بهذا الدفاع وقضت برفض دعوى البنك المطعون ضده » .

---

(٩٠) انظر نقض مصري . الطعن رقم ١١٨٩ السنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨٤/٢/١٣ مشار له في د. علي جمال الدين عوض : المرجع السابق ص ١٩٧ .

واضافت محكمة النقض قولها « انه لما كان البنك مصدر خطاب الضمان يلتزم بسداد قيمته الى المستفيد بمجرد مطالبته بذلك اثناء سريان أجله دون حاجة الى الحصول على موافقة العميل ، الا انه لا يسوغ للبنك مد أجل خطاب الضمان الا بموافقة العميل ، وان الحكم المطعون فيه يكون قد اخطأ في تطبيق القانون اذ اكتفى في مد أجل خطاب الضمان باتفاق كل من البنك مصدر الخطاب والجهة المستفيدة دون ان يتحقق من موافقة العميل أو ورثته على هذا المد ، وهو أمر لازم ، لكي يحاج العميل بمد أجل الضمان ويتعين لذلك نقض الحكم » .

المبحث الرابع

الحجز على قيمة خطاب الضمان

١٣٢ـ يرتب خطاب الضمان التزاماً على عاتق البنك الذي أصدره بان يدفع للمستفيد قيمته خلال مدة معينة ، وهذا يعني ان موضوع خطاب الضمان هو حق للمستفيد يتقرر عند المطالبة به على نحو يتعذر معه الحجز على هذا الحق مطلقاً سواء ورد طلب الحجز من دائني العميل أم من دائني المستفيد ٠

فبالنسبة لدائني العميل فانه ليس لهم حجز قيمة خطاب الضمان بسبب ان هذه القيمة لا تمثل حقاً للعميل ، وبالنسبة لدائني المستفيد فليس لهم حجز قيمة الخطاب قبل ان يطالب الأخير بها وتصبح حقاً له ، ومن جهة أخرى فان مقابل خطاب الضمان الذي يضعه العميل كغطاء لقيمته لا يجوز حجزه بناء على طلب دائني المستفيد ، لان هذا الغطاء هو أثر لعلاقة العميل بالبنك على أساس ان ما يقوم العميل بدفعه لتغطية خطاب الضمان انما هو تنفيذ وتأمين للعلاقة بين العميل والبنك ولا صلة للمستفيد بها[1] ، ومع ذلك كثر الجدل حول مدى جواز الحجز على قيمة خطاب الضمان تحت يد البنك سواء من قبل البنك ذاته أم دائني المستفيد أو من قبل العميل أو دائنيه ٠

وهكذا فان قيمة الخطاب ليست من حق العميل وهي كذلك ليست حقاً للمستفيد الا بعد المطالبة ، ويترتب على ذلك انه لا يجوز لدائني العميل توقيع الحجز على قيمة خطاب الضمان لان الخطاب لم ينشيء حقا للعميل ، كما لا يجوز لدائني المستفيد توقيع الحجز قبل مطالبة

---

(١) انظر نقض مصري جلسة ١٩٧٢/٣/١٤ ٠ مجلة المحاماة السنة ٥٥ ص ٨٤ وورد في حيثيات القرار ان « للبنك ان يصدر خطاب الضمان بغطاء مالي أو دون غطاء او بضمان رهن في حدود المعاملات القائمة بين العميل والبنك ٠ وهو الذي يقدر وحده مصلحته في كيفية تغطية خطاب الضمان » ٠

الأخير تأسيساً على ان حقة يتقرر بعد هذه المطالبة وان هذا الحق شخصي للمستفيد وله وحده حق تقرير الافادة منه ·

وسنناقش مدى جواز حجز قيمة خطاب الضمان بناء على طلب العميل أو دائنيه أو بناء على طلب دائني المستفيد ونتصدى لامتناع البنك عن الوفاء وأيضاً لجواز الحجز على غطاء خطاب الضمان في الفقرات التالية ·

١٣٣ـ الحجز على قيمة خطاب الضمان بناء على طلب العميل :

اختلفت الآراء حول جواز الحجز بناء على طلب العميل ، وذهب البعض الى عدم جواز ذلك مطلقاً لانه تعطيل للفائدة المتوقعة من الخطاب وهي الدفع الفوري(٢) ·

وذهب البعض الآخر الى جواز ذلك ، واستند القائلون بهذا الرأي الى ان منع جواز الحجز مطلقاً يلحق ضررا بالعدالة خاصة اذا ظهرت عدم أمانة المستفيد بالغش الظاهر ، وعليه يرون امكانية توقيع الحجز على قيمة خطاب الضمان بصورة استثنائية وهي ان يكون حق العميل في مواجهة المستفيد مؤكداً(٣) ·

---

(٢) ذهب مع هذا الرأي د· محسن شفيق : الوسيط في القانون التجاري · الجزء الثاني · ط ١٩٥٥ بند ١٢٣ · د· سميحة القليوبي : الأسس القانونية لعمليات البنوك ط ١٩٨٨ ص ٤٦٢ · د· رضا عبيد : المرجع السابق ص ٦٤٦ ·

(٣) ذهب في هذا الاتجاه د· علي جمال الدين عوض : عمليات البنوك · المرجع السابق ص ٥١٦ · د· محمود سمير الشرقاوي : المرجع السابق ص ٥٧٢ . ويبرر أيضاً هذا الرأي موقفهم بجواز الحجز بالقول « ان أثر الحجز ليس مصادرة الضمان نهائياً وانما مجرد تجميد قيمته حتى يفصل القضاء في النزاع الدائر بين العميل والمستفيد » ·

وذهب القضاء الفرنسي هذا الاتجاه بعد ان قررت محكمة استئناف باريس جواز الحجز بشروط وحالات معينة ، ومن هذه الشروط قولها بجواز الحجز تحت يد البنك على حق المستفيد الناشيء له من خطاب الضمان في الحالة التي يكون فيها للعميل الآمر في ذمة هذا المستفيد حقاً مؤكداً ومعين المقدار ومستحق الاداء ، وتردد القضاء الفرنسي بعد ذلك في تقرير حجز قيمة الخطاب حيث رفضت محكمة استئناف باريس الحجز على قيمة خطاب الضمان تحت يد البنك بناء على طلب العميل مستنده الى ان الحجز يعطل حكمة اصدار خطاب الضمان ، انظر في ذلك د· سميحة القليوبي : المرجع السابق ص ٤٦٤ ·

ونرى ان خصوصية خطاب الضمان وخصائصه التي يمتاز بها ومنها استقلاله عن العلاقة التي كانت سبب انشائه تبرر القول بعدم جواز الحجز على قيمته بناء على طلب العميل حتى ولو كان دائناً بدين مؤكد ومستحق الاداء ، وأساس رأينا ان المستفيد لا يتقرر حقه في خطاب الضمان قبل المطالبة به ، هذا من جهة ، ومن جهة ثانية فانه اذا طالب المستفيد البنك ان يدفع له قيمة الخطاب واجيز حجز قيمته بناء على طلب العميل فقد الخطاب ميزته الأساسية وهي استقلاله عن التزام العميل وانه واجب الدفع عند أول طلب ودون معارضة(٤) ٠

١٣٤ـ الحجز على قيمة خطاب الضمان بناء على طلب دائني العميل :

قررنا فيما سبق ان العميل ليس طرفاً في العلاقة التي يرتبط بها البنك بالمستفيد ، وقلنا ان قيمة خطاب الضمان خلال فترة سريانه الى ما قبل ادائها للمستفيد ملك للبنك وليس للعميل رغم وضع العميل غطاء لقيمة الخطاب ٠

وتأسيسا على ذلك فانه لا يجوز لدائني العميل توقيع الحجز على قيمة خطاب الضمان تحت يد البنك لان هذه القيمة تمثل ضمان البنــك للعميل في مواجهة المستفيد ولا تمثل حقاً للعميل ، ولا أدل على ذلك من القول انه اذا لم يطالب المستفيد بقيمة خطاب الضمان أو اذا انقضت المدة فان هذه القيمة تبقى ملكاً للبنك لا للعميل ٠

١٣٥ـ الحجز على قيمة خطاب الضمان بناء على طلب دائني المستفيد :

اذا طالب دائنو المستفيد بالحجز على قيمة خطاب الضمان قبل الوفاء به من قبل البنك فلا شك ان ذلك غير جائز على أساس ان ملكية قيمة خطاب الضمان حتى تلك اللحظة هي للبنك وليست للمستفيد ، لان وضع البنك قبل وفاء ما تعهد به يبقى مالكاً لمحل تعهده وهو قيمة الخطاب ٠ أما اذا دفع قيمة الخطاب خرجت ملكية ذلك من ذمته لتستقر في ذمة المستفيد عندها يصبح لدائنه الحجز عليها ٠

---

(٤) اشار د٠ سميحة القليوبي : المرجع السابق ص ٤٦٣ وتقول « انه اذا ما وقع حجز ما للمدين لدى الغير تحت يد البنك فان هذا الأخير لا يدخل المبالغ التي تعهد بها للمستفيد بمناسبة خطابات الضمان في الاقرار بما في الذمة » ٠

ولا نرى كما ذهب البعض ان المبالغ التي يتلقاها المستفيد من البنك باعتبارها قيمة خطاب الضمان تعود لها طبيعتها الأصلية وصفتها كتأمين نقدي مقدم له كضمان لحسن تنفيذ العميل لالتزاماته[٥] لان ذلك القول يجعل البنك أميناً علي أموال مودعه لديه من قبل عميله ، وانه ينقلها الى المستفيد بذات الصفة ، وهو ما ينأى بخطاب الضمان عن مدلوله وطبيعته التي اظهرناها في استقلاله ، بمعنى ان تعهد البنك بالدفع الزام له بدفع حق للمستفيد ، واذا تبين ان الآخير قبض غير ما يستحق لـه فللعميل مصلحة حينذاك في الرجوع عليـه بدعوى الاسترداد[٦] .

وكذلك فانه وكما اسلفنا ان الضمان مستقل عن عقد الأساس ، وان الخطاب بالرغم انه صدر بناء على طلب العميل الا ان هذا العميل لا يمكنه تعطيل تعهد البنك للمستفيد .

١٣٦ـ عدم جواز الحجز على قيمة خطاب الضمان :

ذهب الفقه الحديث والقضاء الى القول ان خطاب الضمان بخصائصه المستقرة في الاعراف المصرفية من حيث كونه مستقلا ومنفصلا عن عقد الأساس لا يجوز النظر في هذا العقد للعثور على حجة لوقفة ، وانه بالنتيجة لا يجوز وقفه الا لسبب وارد فيه بالذات لا في غيره ، وان القانون لم يرد فيه خلاف ذلك[٧] .

---

(٥) انظر د. سميحة القليوبي : المرجع السابق ص ٤٧٠ .

(٦) يمكن القول ان الدكتور علي جمال الدين عوض رجع عن رأيه في مؤلفه عمليات البنوك ط ١٩٨٩ وقرر انه لا يمكن للقاضي ان يمنع البنك من الوفاء بتعهده للمستفيد حتى ولو ثبت غش الأخير ، وان كل ما يستطيع القاضي عمله اذا خاصم العميل البنك ان يقرر منع البنك من قيد المبلغ في حساب هذا العميل حتى يفصل في النزاع انظر مؤلفه خطابات الضمان . المرجع السابق ص ٢٥٣ و ٢٥٩ .

(٧) انظر مشروع غرفة التجارة الدولية (القواعد الموحدة لخطابات الضمان ١٩٨٦) والمواد ٢٨٧ ـ ٢٩٣ من قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ والمواد ٣٨٢ ـ ٣٨٧ من قانون التجارة الكويتي رقم ٦٨ لسنة ١٩٨٠ .

١٣٧ــ تطبيقات قضائية لمبدأ عدم جواز الحجز على قيمة خطاب الضمان :

القضاء الفرنسي :

قضت محكمة النقض الفرنسية ان استقلال خطاب الضمان وقوته الملزمة القطعية التي لا رجعة فيها تمنع الآمر من التمسك بعدم تنفيذ عقد الأساس اطلاقاً للقول بان طلب الخطاب يقوم على اساءة وتعسف ظاهرين ويعوق بذلك تنفيذ الخطاب ، وهذا الادعاء لا يعفي البنك من تنفيذ التزامه(٨) .

وهكذا نجد ان القضاء الفرنسي تردد حول جواز الحجز على قيمة خطابات الضمان بين ان يسمح بالحجز وبين ان يرفضه ، وهناك قرار انهى الحديث حول ذلك عندما قررت محكمة النقض الفرنسية بتاريخ ١٩٨٦/٣/٢٦ ان تحسم الخلاف على نحو لم يعد أي مجال للاجتهاد ، حيث قضت بان التزام البنك نهائي بمقتضى القواعد والاعراف الدولية وانه ليس من المقبول ان يتمسك البنك بعدم مطابقة البضاعة ليرفض احترام تعهده ، وعلى أساس ذلك يمتنع الحجز من جانب المشتري الآمر سواء كان حق المشتري مستمداً وقائماً على عقد الأساس أو غريباً عنه .

واسست محكمة النقض الفرنسية منع المشتري الآمر من توقيع الحجز على عدم قابلية التصرف في حق المستفيد الناشيء من اتفاق الطرفين أي من الاتفاق بين الآمر والمستفيد على قطعية الاعتماد المستندي(٩) .

وذهب القضاء الفرنسي أيضاً الى جواز وقف صرف خطاب الضمان بناء على طلب العميل استناداً الى فكره التعسف الظاهر ، ومحكمة النقض

---

(٨) نقض فرنسي الدائرة التجارية ١٩٨٥/٧/٢١ مشار اليه في د. علي جمال الدين عوض : خطابات الضمان . المرجع السابق ص ٢٦٢ .

(٩) المرجع السابق ص ٢٦٥ أوردنا حكم النقض المشار اليه أعلاه وهو يتعلق بالاعتمادات المستندية ، ولتشابه العلة فيما بين خطابات الضمان والاعتمادات المستندية ولجواز القياس في هذا الخصوص استشهدنا به .

الفرنسية بقرارها الذي اعتمدت فيه فكرة الغش تكون قد استبدلتها بفكرة التعسف الظاهر التي هجرتها في وقت سابق وفي هذا الحكم ذهبت محكمة النقض الفرنسية في تكييف الغش بانه الغياب الظاهر لأي حق للمستفيـــد (L, absence Manifestede droit du bénéficiaire) بمعنى ان المطالبة بصرف قيمة خطاب الضمان طبقاً لذلك التكيف تعتبر مبنية على غش كلما كان ظاهراً وغير منازع فيه ان المستفيد لا يملك أي حق في مواجهة الآمر . كأن يثبت في ضمان حسن النهاية ان الآمر نفذ بالكامل وطبقاً للمواصفات المطلوبة في العقد الأصلي ، أو يثبت في خطاب الضمان ان ما نفذ من العقد الأصلي يتجاوز في قيمته قيمة الدفعة المقدمة .

واعتبرت المحكمة موقف المستفيد يمثل غشاً ظاهراً يبرر وقف مصادرة مبلغ الضمان في هذه الحالة فقط(١٠) .

القضاء المصري :

أقرت محكمة النقض المصرية ان البنك يجب عليه ان يدفع ، وللعميل ان يشكو الى القضاء فيما بعد ، أي ان الدفع أولاً حتمي وتأتي الشكوى بعد ذلك ، وقالت « ان البنك يلتزم بوفاء المبلغ الى المستفيد باعتباره حقا له يحكمه خطاب الضمان ويكون على عميل البنك ان يبدأ هو بالشكوى الى القضاء اذا قدر انه غير مدين للمستفيد أو ان مديونيته لا تبرر ما حصل عليه المستفيد من البنك »(١١) .

وقضت محكمة استئناف القاهرة بانه لا يجوز المنازعة في صرف قيمة خطاب الضمان حتى لا يفقد أهميته العملية وقالت في ذلك « ومن حيث ان

---

(١٠) انظر .

Cass. Com. 10 juin 1986 : Rev Banque 1986 No. 463 Chron, de jurisp. bancaire par. j. L. Riveslange P. 711.

مشار اليه في د. بضراني نجاة : المرجع السابق ص ٦٠١ ص ٦٠١ هامش ١ .

(١١) انظر نقض مصري جلسة ١٩٦٩/٧/٢٧ مجموعة احكام النقض السنة ٣٠ ص ٨١١ .

خطابات الضمان هي في حقيقتها وكما جرى عليه العرف التجاري ، أوراق مصرفية لها طابعها الخاص ، تصرف قيمتها لمن حررت لمصلحته عند أول طلب دون منازعة من محررها أو من المضمون ، وهي بمثابة نقود تحت يد المستفيد ليحصل منها على ما قد يستحق له قبل المضمون في العقد الممنوح عنه الضمان ، وهي بهذه الصفة تسهل التعاقد مع الأشخاص غير المليئين الذين يخشون الاخلال بالتزاماتهم وعدم وجود مال لديهم للرجوع عليهم بما يستحق في ذمتهم ، فتكون قيمة خطاب الضمان هي المشجع على التعاقد حتى يجد المستفيد مالا محققاً خالياً من النزاع يحصل عليه بمجرد الطلب للوفاء بمطلوبه قبل المضمون ولا شك انه اذا ابيحت المنازعة في صرف قيمة خطاب الضمان عند الطلب لفقدت هذه الخطابات أهميتها العملية وشلت حركة المعاملات التجارية(١٢) ٠

١٣٨ـ مدى جواز الحجز على غطاء خطاب الضمان :

ذكرنا ان الغطاء من الضمانات التي يقدمها العميل لتغطية تعهداته في مواجهة البنك ويكون نقدياً أو عينياً(١٣) أو معنوياً ، وانه مهما كان نوع الغطاء وصفته فانه يبقى مملوكاً للعميل الذي قدمه لانه لا ينقل ملكيته الى البنك ، ويبقى الأخير مرتهناً لهذا الغطاء تأميناً لدينه ويعيد البنك هذا الغطاء الى العميل اذا لم يقم بالوفاء للمستفيد ، وعلى ذلك يحق لدائني العميل حجز ما للمدين لدى الغير تحت يد البنك ، وعلى الأخير ان يقر بما في ذمته للعميل ، ومن ذلك الغطاء الذي قدمه العميل ضماناً للبنك لاصدار خطاب الضمان ، على ان للبنك ان يشير الى صفته كدائن مرتهن يمتاز على بقية الدائنين بحقه في التقدم والأولوية ٠

---

(١٢) انظر استئناف القاهرة ١٩٦١/٣/٣١ مجلة المحاماة السنة ٤١ ص ٧١٣ ٠

(١٣) مثل الأوراق المالية والأوراق التجارية ، والبضائع ووثائق التامين وبوالص الشحن والعقارات ٠

الفصل الرابع

انقضاء الالتزام في خطابات الضمان

١٣٩ـ الالتزام عموماً مؤقت ، ويزول بأسباب متعددة منها الوفاء ٠ وهذا يعني ان الالتزام طارىء على الحالة الطبيعية في حياة البشر التي يفترض فيها براءة الذمة كما هو الأصل ، ولان الالتزام طارىء فلا بد من سبب ينقضي على أساسه[1] ٠

وتناول القانون المدني الأردني أسباب انقضاء الالتزام في باب آثار الحق في الفصل السادس وبعد ان نظم المشرع التنفيذ بنوعيـة العيني وما يعادله الوفاء الاعتياضي والمقاصة واتحاد الذمتين ، نظم انقضاء الحق بالابراء واستحالة التنفيذ ومـرور الزمان المسقط للدعوى فـي المـواد ٤٤٤ ـ ٤٦٤ ٠

والتزام البنك الضامن في خطاب الضمان ينقضي بذات الأسباب التي نص عليها القانون المدني وهذه الأسباب يمكن ادراجها في ثلاث طوائف ٠

الأولى ـ انقضاء الالتزام بالوفاء : وهو الطريق الطبيعي الذي ينقضي به الالتزام بشقيه السلبي في ذمة المدين والايجابي في ذمة الدائن ٠

الثانية ـ انقضاء الالتزام بما يقوم مقام الوفاء : بمعنى ان المدين يفي الدين بدين آخر كاستبداله أو تجديده ، وبالمقاصة واتحاد الذمتين ٠

الثالثة ـ انقضاء الالتزام بدون وفاء : مثل استحالة التنفيذ ، والابراء ومرور الزمن المسقط ٠

---

(١) انظر د٠ سليمان مرقس : الوافي في شرح القانون المدني ، المجلد الرابع ٠ أحكام الالتزام ط ١٩٩٢ ص ٦٧٧ ٠ وراجع د٠ عبدالمنعم البدراوي : النظرية العامة للالتزامات٠ الجزء الثاني أحكام الالتزام ٠ دار النهضة العربية ص ٣٤٧ ٠

١٤٠- انقضاء التزام البنك بالوفاء :

ينقضي التزام البنك بدفع قيمة خطاب الضمان للمستفيد ، وعليه اذا تم الوفاء بموجب شيك أو حواله الى حساب المستفيد فلا ينقضي الالتزام ولا تبرأ ذمة البنك الا اذا قبض المستفيد القيمة نقداً أو ان القيمة قيدت في حسابه ، وينقضي الالتزام بالوفاء الجزئي اذا طالب المستفيد بهذا الوفاء ، لانه يكون قد طالب بما يستحق فعلاً .

على ان الجزء المتبقي من قيمة خطاب الضمان تبقى في ذمة البنك كالتزام في مواجهة المستفيد الى نهاية مدة خطاب الضمان[٢] ما لم يكن الأخير قد طلب الغاء الخطاب في الوقت الذي طلب فيه الوفاء الجزئي[٣] .

ويقوم مقام الوفاء اجراء المقاصة القانونية فيما بين دين البنك في ذمة المستفيد وقيمة الخطاب اذا طالب الأخير به ، كما يقوم مقام الوفاء اتحاد الذمتين فيما بين البنك والمستفيد ، على أساس يصبح العميل مديناً للكيان الجديد بأصل الالتزام الذي أنشأه خطاب الضمان ، وفي الوقت ذاته يقوم مقام الوفاء اتحاد ذمتي المستفيد والعميل في شخص أي منهما بحيث يصبح من حصل اتحاد الذمة في شخصه دائناً ومديناً بما يترتب عليه انقضاء الحق والدين فيما بينهما .

١٤١- انقضاء التزام البنك بغير الوفاء :

ينقضي الالتزام بانتهاء مدة صلاحية خطاب الضمان الذي يصدر في معظم الأحيان محدداً بمدة معينة ، ويبقى للمستفيد من الخطاب حق

---

(٢) انظر د. محي الدين اسماعيل علم الدين : المرجع السابق ص ٦٠٠ ويقول « واذا طلب المستفيد دفع جزء من قيمة خطاب الضمان جاز له ذلك مع بقاء حقه في الباقي ، وله الحق ان يطلبه الى نهاية مدة الخطاب ، لان النزول عن الحق لا يفترض » .

(٣) انظر د. علي جمال الدين عوض : المرجع السابق ص ٢٨١ ويقول « وينقضي أيضاً اذا اقتصر المستفيد على طلب دفع جزء من قيمته ، وطلب في الوقت نفسه الغاء خطاب الضمان لانتهائه بحسبان ان الجزء الذي طلب سداده من قيمته كافياً لتعويضه حسبما يراه في علاقته بالعميل » .

المطالبة بقيمته الى آخر يوم من المدة المعينة ، اما اذا انقضت هذه المدة فلا يبقى للمستفيد حق في قيمة خطاب الضمان ويمتنع عليه المطالبة بها ولا عبرة لعقد الأساس الذي كان سبباً في اصدار الخطاب لأن استقلال العقدين يجعل الالتزام في كل منهما مستقلا عن غيره ، وهكذا فان التزام البنك ينقضي اذا انقضت مدة الخطاب دون ان يطالب المستفيد بقيمته ويبرأ البنك نهائياً بحلول الأجل[٤] ٠

أما اذا صدر خطاب الضمان ولم تحدد مدة صلاحيته فيكون للبنك حق انهائه في أي وقت[٥] وبشأن صك خطاب الضمان الذي ارسله البنك للمستفيد ، فهو وسيلة الاثبات المخصصة لمصلحة هذا المستفيد في مواجهة البنك ، وهذا الصك ليس ورقة تجارية ولا يتمتع بأية قيمة ذاتية ، بمعنى انه اذا تم الوفاء أو ما يعادل الوفاء أو انقضت مدة الخطاب ، وبقي المستفيد محتفظاً بالصك فلا يؤثر ذلك على مركز البنك الذي أصبح بريء الذمة من قيمة الخطاب ٠

واذا كانت البنوك تلجأ عادة الى طلب رد الصك ، فمرد ذلك الحرص الزائد من قبلها ، أو لاستكمال المعاملة المتعلقة بهذا الموضوع[٦] ٠

---

(٤) لا يبرأ البنك من التزامه في الكفالة بحلول اجلها ، ويبقى ملتزماً بالدين الذي نشا قبل حلوله ٠

(٥) من هذا الرأي د٠ علي جمال الدين عوض : المرجع السابق ص ٢٨٢ وعكس هذا الرأي د٠ محي الدين امساعيل علم الدين : المرجع السابق ص ٦٠٤ حيث يقول « ويلاحظ ان خطاب الضمان غير المحدد المدة لا يمكن للبنك الغاءه الا بعد ان يسقط حق المستفيد فيه بالتقادم طبقاً لما أوضحناه في الكلام على التزامات البنك التعاقدية » ٠

(٦) انظر د٠ علي جمال الدين عوض : المرجع السابق ص ٢٨٤ ويقول « وغني عن البيان ان الغاء خطاب الضمان من سجلات البنك لا يتوقف بأي حال على رد أصل خطاب الضمان ٠٠٠ اذ ان صك هذا الضمان أصبح معدوم القيمة في يد المسفيد » ويشير في حديثه الى قول الفقيه فاسير كما ورد « أحياناً ينص في الضمان على انه ينتهي برد خطاب الضمان ، هنا قد ينتهي تنفيذ عقد الأساس ، ويظل الضمان قائماً ما دام الخطاب لم يرد وهذه نتيجة لاستقلال العقدين ، وهذا الشرط الوارد في الخطاب غريب يجعل منه صكاً كالورقة التجارية متضمناً الحق الثابت به ويجعله مندمجاً فيه وهذا غير صحيح في القانون لان الخطاب اداة اثبات » ٠

ويجدر بالذكر ان اتحاد البنوك في مصر اتخذ بتاريخ ١٩٥٨/١١/١٨ قرارات تضمنت ان مفعول خطاب الضمان ينتهي تلقائياً بانتهاء الأجل المنصوص عليه فيه ، وانه عند انتهاء الأجل يخلو طرف البنك الذي أصدر خطاب الضمان نهائياً من التعهد كالتزام في ذمته ، وانه لا داعي مطلقاً لانتظار عودة خطاب الضمان حتى يخلى طرف العملاء أو المراسلين الذين صدر لحسابهم هذا الخطاب(٧) .

١٤٢ـ انقضاء التزام البنك باعادة خطاب الضمان :

خطاب الضمان يصدر لغرض معين ، فاذا انتهى هذا الغرض كما لو أوفى العميل بالتزامه في علاقته بالمستفيد أو انقضت التزاماته في مواجهة المستفيد بوسائل الانقضاء الأخرى ، فان التزام البنك الناشىء عن خطاب الضمان ينقضي ، وعلى هذا الأساس لا يبقى للمستفيد حق في قيمة الخطاب ويجب ان يعيده الى البنك ، وقد يقوم باعادته الى العميل ويقوم الأخير باعادته الى البنك ، وفي كل الأحوال فان اعادة الخطاب الى البنك يؤدي الى انقضاء التزام البنك في مواجهة المستفيد ، واعادة الخطاب تتم عادة قبل انقضاء أجله ، ويحدث ذلك اذا نفذ العميل التزامه في مواجهة المستفيد وفق الشروط المحددة بالعقد المبرم فيما بينهما ، كما قد يتفق العميل والمستفيد على انهاء العلاقة فيما بين المستفيد والبنك والتي أنشأت خطاب الضمان وذلك عندما يقدم العميل للمستفيد ضماناً آخر غير الخطاب ، فيعيد المستفيد الخطاب للبنك ويترتب عليه براءة ذمة الأخير(٨) .

١٤٣ـ انقضاء التزام البنك باستحالة التنفيذ :

المقصود باستحالة التنفيذ لانقضاء التزام البنك هو استحالة تنفيذ التزام العميل في علاقته بالمستفيد والتي كانت سبباً لاصدار خطاب

---

(٧) انظر د. محي الدين اسماعيل علم الدين : المرجع السابق ص ٦٠٥ .

(٨) انظر د. سميحة القليوبي : المرجع السابق ص ٤٧٦ .

الضمان ، واستحالة تنفيذ التزام العميل في علاقته بالمستفيد لا تؤثر بحال على التزام البنك في خطاب الضمان غير المشروط الصادر عن البنك ٠

أما خطاب الضمان الذي شرط فيه البنك انقضاء التزامه في مواجهة المستفيد اذا استحال تنفيذ الالتزام الأصلي الملقى على عاتق العميل في علاقته بالمستفيد ، فانه ينقضي باستحالة التنفيذ ، لان الشرط الموقف المعلق عليه الخطاب يصبح غير ممكن تحقيقه ، ولان مثل هذا الشرط لا يؤثر في طبيعة خطاب الضمان من حيث استقلاله ، ونرى ان مثل هذا الشرط على الرغم انه سبب لانقضاء التزام البنك في مواجهة المستفيد ، إلا انه لا يخرج صك الضمان من طائفة خطابات الضمان ذات الخصائص السالف ذكرها[٩] ٠

١٤٤ـ انقضاء التزام البنك بمرور الزمان المسقط :

لا يرد مرور الزمان المسقط في خطابات الضمان المحددة المدة ، لان صلاحية هذه الخطابات تنتهي بانتهاء مدتها وفق اتفاق اطرافها ، أما خطابات الضمان غير المحددة فذكرنا ان البنك يستطيع انهاءها من طرفه بارادته المنفردة ٠

ويترتب على ذلك انقضاء التزامه في مواجهة المستفيد[١٠] غير انه اذا لم ينه البنك التزامه بموجب خطاب الضمان فان مرور الزمان المسقط للادعاء والذي تضمنه القانون المدني هو الذي ينقضي بموجبه التزام

(٩) انظر ما تقدم ٠ خطابات الضمان المشروطة بند ١١١ ص ٢١٢ وذكرنا ان الشروط التي ترد في صكوك الضمان تخرجها من طائفة خطابات الضمان اذا كانت تلك الشروط تؤثر في الطبيعة القانونية للخطاب باعتبار ان الالتزام فيه بات ومنجز ومستقل عن غيره حتى لو كان سبب انشائه ٠

(١٠) يسأل البنك اذا الغى التزامه في خطاب الضمان غير المحدد المدة بوقت غير ملائم اذا رتب ضرراً للمستفيد ٠

البنك ، ذلك ان التزام البنك اذا كان غير محددة المدة ينقضي بمرور خمسة عشر عام من تاريخ اصدار الخطاب اذا كان منجزاً ومن تاريخ تحقق الشرط اذا كان معلقاً على شرط تضمنه الخطاب مع مراعاة المدة التي يسقط بها حق الادعاء في المواد التجارية .

اذ ان التزام البنك يسقط حق الادعاء به بخمس عشرة سنة اذا كان ناتجاً عن عمل مدني ويسقط بعشر سنوات اذا كان ناتجاً عن عمل تجاري(١١) .

١٤٥ــ نتائج انقضاء الالتزام في خطاب الضمان :

لا بد للالتزام ان ينقضي ، وتظهر آثار هذا الانقضاء بحسب طبيعة الالتزام والعقد الذي نشأ عنه ، والتزام البنك في خطاب الضمان ينقضي بالأسباب التي ذكرناها على نحو يترتب بذمة البنك التزامات في مواجهة العميل هي الافراج عن غطاء خطاب الضمان وتقديم كشف حساب يتضمن مقدار ما دفعه للمستفيد وما يستحق من فوائد وعمولات ، ويلتزم أيضا بالغاء أي قيد على حسابات هذا العميل مثل تلك التي تدل على ان العميل مدين للبنك بقيمة خطاب الضمان ، وكذلك الغاء أي رهن على الأوراق التجارية ، والافراج عن الأوراق التجارية ، والأوراق المالية التي كان يتحفظ عليها على أساس انها غطاء لخطاب الضمان .

---

(١١) انظر المادة ٤٤٩ من القانون المدني الأردني وتنص على انه « لا ينقضي الحق بمرور الزمان ولكن لا تسمع الدعوى به على المنكر بانقضاء خمس عشرة سنة بدون عذر شرعي مع مراعاة ما وردت فيه أحكام خاصة » وانظر المادة ٥٧ من قانون التجارة الأردني وتنص على انه « في المواد التجارية يسقط بالتقادم حق الادعاء بمرور عشر سنوات ان لم يعين أجل اقصر » وانظر ما يقابل المادة ٤٤٩ مدني أردني نص المادة ٣٧٤ مدني مصري « يتقادم الالتزام بانقضاء خمس عشرة سنة فيما عدا الحالات التي ورد نص خاص في القانون وفيما عدا الاستثناءات التالية » .

ومن نتائج انقضاء التزام البنك في خطاب الضمان ، الرجوع على العميل بقيمة المبلغ الذي دفعه ، وهو اذ يرجع على العميل انما يستند الى خطاب الضمان ذاته الذي صدر بناء على طلب العميل بمعنى ان رجوع البنك على العميل يعتبر تطبيقاً للعقد الذي ابرم فيما بينهما وكان من آثاره اصدار خطاب الضمان[١٢] ٠

(١٢) لا يستند رجوع البنك على عميله على حلوله محل المستفيد في مواجهة العميل ، لان البنك كان مديناً للمستفيد وما دفعه للأخير كان التزاماً مستقلا منبت الصلة عن الالتزام الأصلي الذي نشأ عن علاقة العميل بالمستفيد ، أو علاقة العميل بالبنك ٠ لذا فان البنك وهو يفي للمستفيد قيمة خطاب الضمان فانما يفي ديناً بذمته لا ديناً على العميل ٠

الباب الثالث

الاوراق التجارية

في نطاق عمليات البنوك

تمهيـــد :

تعني الأوراق التجارية مفهوماً محدداً تحل بموجبه محل النقود في الوفاء بالالتزامات النقدية ، ويطلق على الورقة بانها تجارية عندما تستجمع خصائص تعتبر السمة البارزة لها ، وتقوم على أساسها بالوظيفة الأساسية من حيث انها تحل محل النقود ، وخصائص هذه الأوراق انها قابلة للتداول بالطرق التجارية ، وتمثل حقاً يكون موضوعه مبلغاً من النقود وهذا المبلغ معين المقدار واجب الدفع في موعد واحد ٠

وتأسيساً على ذلك فان الورقة التجارية سند قابل للتداول بالطرق التجارية تمثل حقاً نقدياً واجب الوفاء بموعد معين أو قابل للتعيين(١) ٠

ونظراً لاهمية الأوراق التجارية وما تقوم به من وظائف اقتصادية فان أوسع نطاق يمكن ان تدور فيه يتمثل في نطاق عمليات البنوك ٠

وبالنسبة للدور المتعاظم للبنوك في الائتمان التجاري بشكل عام ولما تؤديه الأوراق التجارية من وظيفة هامة في هذا الائتمان فانها قد دخلت نطاق العمليات المصرفية لتشغل فيه حيزاً هاماً زاد به حجم عمليات البنوك وما تقدمه من خدمات زيادة افاد منها البنوك والعملاء والتجار وقطاع كبير من المتعاملين بالأوراق التجارية ٠

ولعل أهـم العمليات المصرفية التي ترد على الأوراق هـي الخصم والتحصيل والرهن لذلك سنناقش هذه الموضوعات في الفصول الثلاث التاليـــة :

الفصل الأول : خصم الأوراق التجارية ٠

الفصل الثاني : تحصيل الأوراق التجارية ٠

الفصل الثالث : رهن الأوراق التجارية ٠

---

(١) انظر للمؤلف : الأوراق التجارية ٠ المرجع السابق ص ١٥ وما بعدها ٠

الفصل الأول

خصم الأوراق التجارية

يعني خصم الأوراق التجارية تلك العملية التي يعجل بمقتضاها البنك الى المستفيد من ورقة تجارية لم يحل أجلها بعد قيمة هذه الورقة مقابل تنازل صاحب الحق فيها للبنك عن ملكيته لهذا الحق ، ويتقاضى البنك مقابل ما يقوم به مبلغاً من النقود يخصمه من قيمة الورقة ويسمى سعر الخصم (Agio) وذلك مقابل فائدة المبلغ المدفوع عن المدة من تاريخ تعجيل دفع المبلغ الى تاريخ استحقاق الورقة[1] .

ولهذه العملية مزايا عديدة ، فهي تمكن المستفيد من الورقة التجارية من قبض قيمتها دون انتظار موعد الاستحقاق واستغلال هذه القيمة في تسوية معاملاته التجارية ، ويستفيد البنك بالاضافة الى ما يتقاضاه من سعر الخصم كأجر لما قام به وفوائد المبلغ عن مدة التعجيل ، فرصة اجتذاب العملاء وفتح حسابات لهم[2] ، ويعتبر تعجيل دفع قيمة الورقة التجارية لحاملها أو قيدها في حسابه بمثابة اعتماد بالضمان يساعد البنك بموجبه عميله على مجابهة ظروف تجارية سيئة .

ويشمل الحديث في موضوع خصم الأوراق التجارية التعريف به وبيان أطرافه والطبيعة القانونية لعملية الخصم بالاضافة الى آثار الخصم من حيث التزامات اطرافه وانقضاؤه كعقد يتم ابرامه وفق القواعد العامة للعقود بالاضافة الى شروط شكلية يتوجب توافرها في الورقة التجارية كمحل له وذلك في بحثين على النحو التالي :

المبحث الأول : ماهية خصم الأوراق التجارية .

المبحث الثاني : آثار عقد خصم الأوراق التجارية .

---

(١) انظر د. علي جمال الدين عوض : المرجع السابق ص ٧٢٩ .

(٢) انظر د. ادوار عيد : العقود التجارية وعمليات المصارف ط ١٩٦٨ ص ٥٥٤ .

المبحث الأول

ماهية خصم الأوراق التجارية

١٤٥ـ الخصم عملية من عمليات البنوك تمثل صورة من صور الائتمان المصرفي واذا كانت صورتا الائتمان المصرفي بالضمان والائتمان المصرفي بالقبول لا يتسع فيهما المجال لاستيعاب عملية خصم الأوراق التجارية ، فان هذه العملية تمثل صورة جديدة للائتمان المصرفي تدخلها البنوك في نطاق الاعتماد المصرفي بشكل تكاد تكون مستقلة عن صورتي الائتمان سالفتي الذكر ، لان البنك وهو يخصم الورقة التجارية لاحد عملائه ويعجل له دفع قيمتها قبل موعد استحقاقها ، انما ينبسط ثقته على عميله والموقعين على الورقة التجارية اعتماداً على قيمة السند من جهة وعلى شخص الخاصم من جهة أخرى ٠

ولعل هذه الثقة تقوم على امكانية استرجاع ما عجله البنك لعميله ، على اساس ان ذلك هو النتيجة المباشرة لوجود هذه الثقة ، بمعنى ان البنك اذا لم يتمكن من تحصيل قيمة الورقة التجارية من المسحوب عليه فانه لن يرتاب في استرجاع ما عجله لعميله بسهولة ٠

والخصم (escompte) كعملية من عمليات الائتمان تفترض وجود ورقة تجارية في يد عميل أحد البنوك تستحق الدفع بعد أجل معين ، فيقوم هذا العميل بتظهيرها تظهيراً ناقلا للملكية مقابل ان يدفع له البنك قيمتها مخصوماً منها أجره[١] ٠

---

(١) انظر د٠ محي الدين اسماعيل علم الدين : المرجع السابق ٠ الجزء الثاني ص ١٠٤٩ ٠

١٤٦ــ مدلول خصم الأوراق التجارية :

ان عملية الخصم التي يجريها البنك على الأوراق التجارية هي التي تمكن التجار من الحصول على المبالغ اللازمة لمعاملاتهم التجارية دون انتظار موعد استحقاق هذه الأوراق ، وعملية الخصم وفق ما هو متعارف عليه في البنوك تعني دفع المبلغ المذكور في الورقة التجارية لحاملها قبل حلول أجل استحقاقها مقابل تسليم الورقة الى البنك الخاصم(٢) .

وعملية الخصم هي عقد بين البنك وعميله وترد على الأوراق التجارية القابلة للتداول ، ولا يقوم البنك بهذه العملية للكافة بل لعملائه ومن يثق بملاءته منهم ومن الآخرين ، ومن المتعارف عليه ان البنك الخاصم يشترط لاجراء عملية الخصم بعض الشروط ، كان يكون السند مقبولاً من المسحوب عليه ، أو ان تتضمن الورقة توقيعات معينة ، أو ان يكون أجلها قريباً(٣) .

وقد تكون الأوراق التجارية محل الخصم مقبولة ، وهي بمثل هذه الصفة تتمتع بقيمة ائتمانية كبيرة مردها انها تحمل ثلاثة تواقيع هم

---

(٢) انظر د. سميحة القليوبي : عمليات البنوك والأوراق التجارية ط ١٩٨٦ ص ٨٣ حيث تقول : « وخصم الأوراق التجارية تتلخص في قيام البنك بدفع مبلغ من المال يمثل القيمة المالية للكمبيالات أو السندات الاذنية التي تقدم اليه قبل ميعاد الاستحقاق بعد تظهيرها اليه تظهيراً تاماً ناقلا للملكية مقابل الحصول على أجر نظير ذلك ، والخصم يعد من أكثر عمليات البنوك المنتشرة في مصر وفرنسا » .

وانظر د. بغراني نجاة : الائتمان المصرفي بطريق التوقيع ، رسالة دكتوراه ــ جامعة القاهرة ١٩٨٧ ص ٢٥٤ .

(٣) انظر د. سميحة القليوبي : المرجع السابق ص ٨٤ . وتقول في ذلك ، يشترط بنك فرنسا الا تزيد مدة الاستحقاق عن ثلاثة أشهر .

كانت القاعدة ان البنك القابل لا يخصم الأوراق التي سبق له قبولها .

الساحب والقابل والبنك الخاصم · وفي معظم الأحيان يكون القابل هو بنك وكذلك الخاصم ·

كما انه من الممكن ان يتولى البنك القابل عملية الخصم أي خصم السندات التي سبق له قبولها ، اما لانه لا يرغب ان يتم الخصم من بنوك أخرى ، أو لانه لا يريد ان يتم تداول توقيعه في السوق المصرفي(٤) · وفي كل الأحوال فان من الجائز ان يتفق طرفا عقد الخصم على انهاء العقد بفسخه قبل ميعاد استحقاق الورقة ، وفي هذه الحالة يتفقان على ما يستحقه كل منهما ·

واذا تمت عملية الخصم فلا بد من نتائج تترتب عليها ، وان هذه النتائج هي ثمرة عقد الخصم أي انها آثار هذا العقد ، وهذه الآثار هي :

١ ـ التزام البنك بدفع مبلغ الورقة التجارية الى حاملها ·

٢ ـ حلول البنك محل حامل الورقة في حقوقه وضماناته المقررة قانوناً ـ كحقه في تظهير الورقة أو اعادة خصمه لها من بنوك أخرى ، والانتظار لحين حلول أجل استحقاقها ، والرجوع على الموقعين عند عدم الوفاء ·

٣ ـ التزام الحامل بدفع المقابل نظير خصم الأوراق التجارية قبل موعد استحقاقها ، وهذا المقابل هو سعر الخصم ويتمثل بالفائدة المستحقة على المبلغ المدفوع خلال مدة الأجل المتبقية لاستحقاق

---

(٤) انظر د· بضراني نجاة : المرجع السابق ص ٢٦٠ · وتقول في ذلك « فلجوء البنك القابل الى هذا الاسلوب رغم علمه بما ينطوي عليه من مخاطر واضرار ، يدفعنا الى التساؤل عن مدى الاستفادة التي يمكن ان يجنيها البنك من وراء هذه العملية المركبة خصوصاً وانه يستطيع ان يتحاشى كل المخاطر المحتمل ترتيبها عنها » وتقول كذلك . « ان البعض يفسر ان لجوء البنك الى هذه العملية لان هذا الأخير يقصد من ذلك تكبير محفظته المالية ، اذ يحتفظ بالورقة المخصومة لديه ويمكنه كذلك ان يقيد هذه الورقة في ميزانيته » ·

الورقة ، وهي الفترة ما بين تاريخ الخصم وتاريخ الاستحقاق ، وتأتي العمولة كعنصر من عناصر المقابل وهي عبارة عن المبلغ الذي يحدده البنك وفقاً للمخاطر التي قد يتعرض لها عند عدم الوفاء بالاضافة الى مقدار قيمة الورقة والأجل المتبقي لاستحقاقها ، أما العنصر الثالث للمقابل الذي يحصل عليه البنك نظير خصمه الأوراق التجارية فيتمثل في مصاريف التحصيل وهي باعادة المبالغ التي يدفعها البنك نظير مطالبته بتحصيل الورقة التجارية[٥] ٠

أما طبيعة عملية الخصم التي يقوم بها البنك فيختلف تكييفها باختلاف الجزء الذي ينظر اليه ، ذلك ان العملية بحد ذاتها مكونة من جزأين ، الأول عبارة عن التعاقد بين البنك وعميله حامل الورقة التجارية ، والثاني عبارة تنفيذ عملية الخصم ٠

والعملية من وجهة نظر البعض عبارة عن حوالة حق أو قرض ، وهي من وجهة نظر أخرى (الوسيلة أو الشكل) مجرد تظهير عادي للورقة التجارية ٠ وهذا الخلاف في تحديد طبيعة عملية الخصم لا يثور الا اذا كان البنك الخاصم هو القابل للورقة التجارية ٠ ونرى ان البنك في ذلك يجري تصرفاً قانونياً سليماً من حيث حقه في اكتساب الحقوق كحامل للورقة التجارية ولو كان قابلا لها ، أما عملية الخصم التي يقوم بها فليست حقيقية لان البنك القابل لا يمكن ان يكون دائناً لنفسه ٠

---

(٥) استقر القضاء الفرنسي على ان البنك اذا تقاضى فائدة كبيرة جداً فان العملية لا تكون خصماً ، أي انه اذا اقتطع من المبغ المذكور في السند جزءاً كبيراً فان ذلك يستبعد فكرة الخصم ، وتفسير ذلك ان الخصم يفترض ثقة من البنك في استيفاء السند المخصوم وهو يقبل ان يعجل قيمته اطمئناناً الى استيفائه من الدافع أو شخص أخر ٠ وان العمليه لا تعتبر في هذه الحالة خصماً جزافياً لان هذه الصورة لا بد لها من عنصر الثقة كما هو شأن كافة صور الخصم ٠ انظر نقض فرنسي ٨ اذار عام ١٩٣٨ سيري ١٩٣٨ ـ ١ ـ مشار اليه في د٠ علي جمال الدين عوض : عمليات البنوك من الوجهة القانونة ط ١٩٨٩ ص ٧٩٤ ٠

١٤٧- أطراف عقد خصم الأوراق التجارية :

لا يغيب عن بالنا ان نذكر ان سند السحب هو الورقة الرئيسة من بين الأوراق التجارية التي تعطى أوسع مجال في نطاق خصم الأوراق التجاريـــة .

ولان هذه الورقة ذات اطراف ثلاثة وتتميز بذلك عن السند الأذني **وهم الساحب والمسحوب عليه والمستفيد فان المستفيد يمثل طرفاً رئيسياً** في عملية خصم سندات السحب ، وهو في هذا الفرض يعتبر الدائن ويتولى تقديم السند للخصم ، وفي الغالب يكون هذا الدائن (المستفيد) بائعا لبضاعة اشتراها عميل أحد البنوك ، وهذا العميل هو محرر السند (الامر بالسحب) وهو المدين ، أما البنك الذي يتعامل معه فهو المسحوب عليه ، ويكون في مثل هذه الحالات قد تعاقد مع العميل وفتح له اعتماداً ماليا يمكنه أن يسحب عليه قيمة البضاعة .

ويمثل البنك الذي يتعامل معه البائع في الفرض السابق طرفاً في عقد خصم سندات السحب ، ذلك لان البائع غالباً ما يضع هذه السندات لدى البنك الذي يتعامل معه من أجل تحصيلها ، ويقوم الأخير بخصم هذه السندات لصالح عميله اعتماداً على ان هذه السندات مقبولة من البنك الذي يتعامل معه المشتري ، وقد يحدث ان يحتاج صاحب مشروع تجاري مبلغا ضخماً لا يستطيع البنك الذي يتعامل معه تزويده به بمفرده ، فيلجأ العميل الى سحب عدة سندات على عدة بنوك بحيث تقبل هذه السندات من قبل تلك البنوك ، ثم يقوم كل بنك بخصم السند الذي قبله الآخر وهكذا[٦] وهذا ما يطلق عليه **الأئتمان الجماعي** .

---

(٦) G. Petit - Dutaillis : Le resque du Credit banciare no 537 P. 373

مشار اليه في د. بضراني نجاة : المرجع السابق ص ٢٥٨ .

وانظر :

Hamel : Bon ques et operations de banque tom 2 no 1105 p. p. 896 - 897.

ويحدث ان يكون الخاصم هو البنك الذي قبل السند المسحوب عليه ، ويتم ذلك لتحقيق غرض الحيلولة دون لجوء الساحب الى بنوك أخرى لخصم سنداته المقبولة في هذا البنك كقابل لسند السحب المتداول في الأسوق المالية ، وهو بذلك يفضل ان يجري هو عملية الخصم بنفسه ٠

وخصم البنك للسندات المقبولة من طرفه ، انما يتم بمقتضى عقد جديد مستقل عن العلاقة السابقة بين البنك والساحب ، ذلك ان تلك العلاقة تكون ناشئة عن فتح اعتماد ٠

وأقر الفقه الفرنسي عملية البنك الخاصم عندما يكون هو ذاته قابلا للأوراق المطلوب خصمها ، واعترف الفقهاء بان هذه العملية صحيحة مستندين في ذلك الى انه من الجائز تظهير السند لصالح المسحوب عليه قابلا كان أم غير قابل ، غير انهم حاولوا تكييف هذه العملية على انها ليست عملية خصم حقيقية ، لان عملية الخصم انما تنصب على ورقة تجارية تكسب حاملها حقاً في مواجهة الغير ، وكان تساؤلهم بان البنك اذا كان قابلا وخاصماً في نفس الوقت فان في ذلك لبساً يدفع الى القول ان هذه العملية مجرد سلفة تمنح للعميل ضمن شروط وظروف خاصة ٠

١٤٨ـ الطبيعة القانونية لعملية خصم الأوراق التجارية :

حدد العرف التجاري معنى اصطلاح الخصم بانه قيام البنك بتقديم المبلغ المحدد في الورقة التجارية لحاملها قبل حلول أجل استحقاقها مقابل تسليم الورقة للبنك الخاصم ، ويستحق الأخير أجر قيامه بذلك ٠

وتنازع تحديد الطبيعة القانونية لهذه العملية آراء متباينة نذكر منها :

الرأي الأول ـ يرى القائلون بهذا الرأي ان عملية خصم الأوراق التجارية تعتبر قرضاً يقوم به البنك الخاصم بصفته مقرضاً الى عميله بصفته مقترضاً بضمان الورقة التجارية ذاتها ، وعلل القائلون بهذا الرأي قولهم بان العميل لا يلجأ الى البنك من أجل خصم أوراق تجارية هو فيها المستفيد ، الا اذا كان بحاجة ملحة لسيولة نقدية ٠

فاذا تولى البنك تمويله بما يحتاجه من النقود فانما يفعل ذلك على سبيل القرض ، وهذه العملية في جوهرها من عمليات الائتمان ٠

الرأي الثاني ــ ومؤدي هذا الرأي ان هذه العملية ــ عملية الخصم ــ تعتبر بيعاً لحق المستفيد في الورقة التجارية وانها بالنتيجة حوالة حق مقابل الوفاء قبل حلول الأجل[٧] ٠

الرأي الثالث ــ توصل القائلون بهذا الرأي ان عملية خصم الأوراق التجارية لا تخرج عن كونها تظهيراً ناقلا لملكية الورقة ، وتحكم شروط هذا التظهير وآثاره قواعد قانون الصرف ، وزادوا في ذلك قولهم انه لا حاجة للبحث عن الطبيعة القانونية أو التكييف القانوني لعملية الخصم ، أو السبب في التظهير الناقل للملكية ، وهل هو قرض أو حوالة حق ، ويكفي ان يكون السبب مشروعاً وموجوداً ، وان يكون التظهير سليماً ناقلا للملكية وفق أحكام القانون ٠

واننا اذ نؤيد الرأي الثالث نقول بخطأ الرأي الأول والرأي الثاني ذلك لانه من الثابت ان عملية الخصم تؤدي الى نقل ملكية الورقة التجارية الى البنك ، وان التظهير الذي تتم به يعد وفق قواعد الصرف تظهيراً ناقلا للملكية وبالنسبة للرآي الثاني فان العيب الذي يشوبه ويجعلنا نقول بخطاه هو ان عملية الخصم وفق ما عرفناه عن طبيعتها المادية لا تنطبق عليها قواعد عقد البيع ولا قواعد حوالة الحق ٠

---

(٧) انظر د٠ علي البارودي : العقود وعمليات البنوك التجارية ط ١٩٨٨ ص ٤٠٢ ٠

المبحث الثاني

آثار عقد خصم الأوراق التجارية

١٤٩ـ عقد الخصم كما عرفناه عبارة عن عملية يتم بمقتضاها تعجيل دفع قيمة ورقة تجارية لم يحل أجلها ، بحيث يعجل البنك الى المستفيد هذا الدفع مقابل تنازله عن ملكية الحق الثابت بالورقة ، ويخصم البنك من قيمة الورقة مبلغاً يسمى سعر الخصم ٠

ولان تعريف الخصم يرشدنا الى الآثار التي تترتب عليه ، وهي آثار تختلف بسبب الاختلاف حول طبيعة العملية ذاتها فمن المفيد القول ان هناك تعريفات كثيرة قال بها الفقهاء كل وفق الطبيعة التي حددها للعملية ٠

١٥٠ـ **تعريف عقد الخصم :**

« الخصم هو عقد ينقل حامل ورقة تجارية ملكية هذه الورقة الى البنك الذي يلتزم ان يعجل له قيمتها بعد خصم ما يمثل فائدة المبلغ حتى تاريخ الاستحقاق ، ويتعهد به الحامل (مقدم الورقة للخصم) برد القيمة الاسمية للورقة اذا لم تدفع عند موعد استحقاقها » ٠

« الخصم عقد يقدم شخص وهو غالباً بنك ، نقداً لمالك حق نقدي لم يحل أجله ، قيمة هذا الحق بعد خصم مبلغ يعوضه عن حرمانه من نقوده عن المدة الباقية حتى حلول الأجل » ، على انه اذا لم يدفع الحق كان على مقدم الورقة ان يرد للبنك المبلغ الذي عجله اليه مضافاً اليه المبالغ التي اقتطعت ، وان على الخاصم ان يطالب بوفاء الحق عند حلول الأجل والا سقط حقه في الرجوع على مقدم الورقة للخصم الا اذا اثبت ان عدم وفاء الحق ليس نتيجة تأخره في المطالبة أو ان التأخير غير منسوب اليه ٠

« الخصم اتفاق يعجل به البنك الخاصم لطالب الخصم قيمة ورقة تجارية أو سند قابل للتداول أو مجرد حق آخر ، مخصوماً منها مبلغ يتناسب مع المدة الباقية حتى استيفاء قيمة الحق عند حلول أجل الورقة أو السند أو الحق ، وذلك في مقابل ان ينقل طالب الخصم الى البنك هذا الحق على سبيل التمليك وان يضمن له وفاءه ، عند حلول أجله »(١) .

وعرفه الدكتور علي جمال الدين عوض بانه :

« العملية التي بمقتضاها يعجل البنك الى المستفيد من ورقة تجارية لم يحل أجلها بعد ، قيمة الورقة مقابل تنازل المستفيد للبنك عن ملكية الحق الثابت بالورقة ، ويخصم البنك من قيمة الورقة مبلغاً يسمى سعر الخصم مقابل فائدة المبلغ المدفوع عن المدة من تاريخ دفعه الى تاريخ استحقاق الورقة »(٢) .

وبعد ان استعرضنا بعض تعريفات الفقه لعملية خصم الأوراق التجارية نقرر ان آثار هذا العقد يمكن استخلاصها من تلك التعريفات التي حددت التزامات اطرافه على النحو التالي :

١٥١ـ التزامات اطراف عقد خصم الأوراق التجارية :

ـ **الالتزام بنقل ملكية الورقة الى البنك :** وهذا الالتزام يترتب بذمة طالب الخصم بما يعني ضرورة اتخاذه الوسيلة المناسبة لنقل ملكية الورقة الى البنك وتسليمها له تسليماً مادياً ، وهذا الالتزام حتمي على العميل ، والتظهير هـو الوسيلة التي تعطي البنك أكبر قدر مـن الحقوق والضمانات ، وتضيف الى الضمانات الناشئة عن عقد الخصم ضمانات تنشأ عن قانون الصرف .

---

(١) د. علي جمال الدين عوض : عمليات البنوك من الوجهة القانونية ط ١٩٨٩ ص ٧٣٠ وما بعدها .

(٢) د. علي جمال الدين عوض : المرجع السابق ص ٧٣٠ .

أما النتائج التي تترتب على تملك البنك للورقة فهي حصول البنك على حق تقديمها للقبول الى المسحوب عليه ، وكذلك حق التصرف فيها مثل اعادة خصمها ٠

- **الالتزام بتعجيل مقابل الحق المخصوم :** وهذا الالتزام يترتب بذمة البنك ، وفحواه دفع المبلغ بصورة فعلية لا قانونية ، بمعنى انه ليس للبنك ان يدعي انقضاء التزامه بوقوع مقاصه بينه وبين حق له في مواجهة العميل ، وذلك ما لم تنصرف ارادة الطرفين الى معنى مخالف ، والسبب في ذلك انه رغم ان المقاصة تقع تلقائياً وبحكم القانون ، الا ان استبعادها في هذا المجال يتفق مع طبيعة عملية الخصم كعقد قائم على الاعتبار الشخصي والثقة بين الطرفين ، والبنك اذ يقبل ابرام عقد الخصم لا يكون له ان يعطله بالتمسك بالمقاصة بين الدين الناشيء عن الخصم وحق له عند العميل ، بل ان أهم التزاماته تمكين العميل من المبلغ بصورة عاجلة ٠

- **الالتزام بمطالبة المدين الأصلي :** وهذا الالتزام يترتب بذمة البنك الخاصم ، بحيث يتعين عليه ان يطالب المدين الأصلي أولا سواء كان هذا المدين هو المسحوب عليه أو المحرر ، ونتيجة لذلك فانه ليس للبنك ان يطالب العميل الا بالرجوع لعدم الوفاء ٠

- **الالتزام بمطالبة المدين الأصلي بتاريخ الاستحقاق :** وهذا الالتزام يترتب بذمة البنك بحيث لا يجوز له المطالبة قبل حلول أجل الورقة محل عقد الخصم ، غير أن هناك مسائل تثور بمناسبة خصم الأوراق التجارية تؤدي الى تقديم أو تأخير موعد استحقاق الورقة المخصومة ومن أمثلة تقديم موعد استحقاق الورقة المخصومة ٠

  - **رفض القبول متى طلب من المسحوب عليه ٠**
  - **افلاس المسحوب عليه سواء كان قابلاً للسند المخصوم أم لا ٠**
  - **افلاس ساحب السند غير المقبول ٠**

- **افلاس العميل اذا كان هو ساحب السند غير المقبول أو كان هو المسحوب عليه فيه ٠**

ومن أمثلة تأخير موعد استحقاق الورقة المخصومة :

- **الاتفاق على هذا التاخير ٠**
- **انشاء ورقة جديدة تحل محل الورقة المخصومة ٠**

وبشأن اطالة أجل الورقة فذلك اختياري للبنك الخاصم ، اذ متى وافق على الأجل الجديد يعتبر كأنه ابرم اتفاقاً جديداً بينه وبين طالب الخصم ، ولو لم يوافق باقي الموقعين ، ونتيجة ذلك يفقد البنك حقه في الرجوع على الموقعين على الورقة الذين لم يقبلوا الأجل الجديد ٠

١٥٢ـ انقضاء الالتزامات الناشئة عن عقد الخصم :

تنقضي التزامات اطراف عقد الخصم بوفاء كل منهما بها ، على نحو يمكّن العميل طالب الخصم البنك الخاصم من ملكية الورقة التجارية بحيث ينقل له ملكيتها كما ذكر آنفاً ، وبالمقابل يمكّن البنك الخاصم العميل طالب الخصم من المبلغ الذي تتضمنه الورقة المخصومة ، ثم قيام البنك بالرجوع على المسحوب عليه أو الضامن ٠

غير ان علاقة اطراف العقد ربما تنتهي الى غير الصورة السابقة كما لو انتهت بفسخ عقد الخصم ، أو انهاء هذا العقد على النحو التالي :

فسخ عقد الخصم :

الفسخ هو جزاء عدم تنفيذ أحد اطراف العقد التزاماته ، ويخضع عقد الخصم من حيث امكان فسخه الى القواعد العامة في العقود على نحو تعود الورقة المخصومة الى العميل طالب الخصم ، ويرد هو ما قبض الى البنك ، وهذا يعني اعادة الحال الى ما كان عليه قبل ابرام عقد الخصم ، الا ان العرف التجاري قد خرج عن مألوف القواعد العامة فيما يتعلق بالفسخ بحيث يعامل الفسخ كالانهاء ويقتصر أثره على المستقبل ، وذلك

من أجل تخفيف القسوة عن البنك عندما يكون ملزماً باعادة الفائدة والعمولة الى العميل طالب الخصم في حين يكون الأخير قد استفاد من المبلغ طوال المدة السابقة[3] ٠

انهاء العقد :

ينتهي عقد الخصم بارادة الطرفين وذلك بابرام عقد جديد يرد العميل طالب الخصم الى البنك المبلغ الذي قبضه ويرد البنك الورقة التجارية ٠

ولان هذا الاتفاق يعتبر جديداً يبرمه الطرفان فانه لا يثور بينهما من مسائل كالتي تثور عند فسخ العقد ، لان بامكان الاطراف الاتفاق على الفوائد والعمولة والأجر بصورة ودية ، ويقول الاستاذ الدكتور علي جمال الدين عوض في مؤلفة (عمليات البنوك من الوجهة القانونية) انه « يلاحظ ان رد النقود من جانب العميل للبنك لا يعتبر وفاء لدين لم يحل أو تنفيذاً مباشراً لالتزامه بضمان الوفاء ، اذ الفرض ان العقد قد فسخ فلا محل لتنفيذ التزام ناشيء عنه ، لذا فهو لا يدخل في نطاق البطلان الوجوبي ان حصل خلال فترة الريبة ، وهو على كل حال لا يعد وفاء بغير مقابل لانه نظير رد الورقة الى (العميل) ويقول كذلك ، الغالب ان يكون من المتفق عليه ان يرد العميل القيمة الاسمية للورقة مخصوماً منها العمولة والفائدة عن المدة الباقية حتى الأجل الذي كان الاتفاق عليه واضحاً »[4] ٠

---

(٣) انظر د٠ علي جمال الدين عوض : المرجع السابق ص ٨٣٣ ويقول « ومتى وقع الفسخ كان أثره طبقاً للقانون رجعياً ٠٠٠ ومع ذلك فانه يلاحظ ان في هذا الحل قسوة على البنك بما يؤدي اليه من فقدانه حقه في العمولة والفائدة في حين ان العميل قد افاد من المبلغ طوال المدة السابقة على الفسخ ، ولذا فمن الأوفق معاملة الفسخ هنا كالانهاء وقصر أثره على المستقبل ، فيلزم برد المبلغ الذي قبضه من البنك مضافاً اليه العمولة والفائدة التى تستحق عن المدة السابقة على الفسخ والتي احتجز خلالها المبلغ » ويضيف قائلا « انه يمكن تاسيس هذا الحل على اعتبار انه صورة للتعويض يبررها ان الفسخ راجع الى خطأ من العميل فهو يلتزم اذن بتعويض البنك عن نتائجه » ٠

(٤) د٠ علي جمال الدين عوض : المرجع السابق ص ٨٣٤ ٠

الفصل الثاني

تحصيل الأوراق التجارية

١٥٣ـ يعهد العميل في كثير من الأحيان الى البنك بتحصيل حقوقه لدى الغير بحيث يقوم بالنيابة عنه بتصرفات قانونية يكون وكيلاً له في تحصيل هذه الحقوق ومنها ما يتعلق بالأوراق التجارية(١) .

وقيام البنك بمثل هذه التصرفات يعد من جانبه خدمة مصرفية يقدمها لعملائه مقابل ما يترتب على عاتق هؤلاء من مقابل لقاء هذه الخدمة كالعمولة ، ويلتزم البنك بالاضافة الى تحصيل الحقوق الثابتة في الورقة التجارية بتنفيذ تعليمات العميل واعادة المستندات المتعلقة بعقد التحصيل بعد انقضائه .

والخدمات المصرفية ومنها تحصيل حقوق العملاء تعد وسيلة للدعاية للبنك تؤدي الى زيادة موارده وتشجيع العملاء الى التعامل معه . وان تحصيل حقوق العملاء في الأوراق التجارية تحكمه قواعد قانونية خاصة مستمدة من قانون جنيف الموحد الصادر عام ١٩٣٠ والتي قننتها كثير من التشريعات على ان البنك وهو يقوم بعمل قانوني لحساب عمليه فانما يقوم به على على أساس من الوكالة كما وردت أحكامها في القانون المدني (٢) .

---

(١) انظر د. حسن حسني : عقود الخدمات المصرفية ص ٥٩ وما بعدها . ويفرق بين العمل المصرفي والخدمة المصرفية بان لكل منهما نطاقاً يتحدد من خلال معيار المخاطرة التي يتعرض لها البنك ، ذلك انه لا يتعرض لاية مخاطر بادائه الخدمة المصرفية وعكس ذلك اذا قام بالعمل المصرفي .

ونحن نرى ان الفرق بين العمل المصرفي والخدمة المصرفية لا يتحدد على اساس المخاطرة لاحتمال وجودها في الحالتين .

(٢) انظر د. علي جمال الدين عوض : المرجع السابق ص ٨٩٠ ود. حسن حسني : المرجع السابق ص ٦٤ ويحدد الأوراق التجارية التي يقوم البنك بتحصيلها فيقول هي . الكمبيالة بانواعها العادية والمستندية بنوعيها الخارجية والداخلية وكذلك السندات الاذنية والشيكات والشيك المصرفي والشيك المقبول الدفع والشيكات بتاريخين والشيكات المؤجلة ذات التاريخ الواحد .

ومضمون عملية تحصيل الأوراق التجارية تشمل الطلب الذي يقدمه العميل للبنك ليتولى عنه تحصيل حقوقه في الأوراق التجارية وهو ما يقتضي اذا وافق البنك على ان يظهر العميل الورقة التجارية تظهيراً توكيلياً يبقى مالكاً لها ، فيلتزم البنك في ضوء ذلك مطالبة المدينين في الورقة المطلوب تحصيل قيمتها وعليه عند الامتناع اثبات ذلك في ورقة احتجاج تمهيداً للرجوع على الملتزمين في الوفاء(٣) ٠

ونناقش موضوع تحصيل الأوراق التجارية في مبحثين نتحدث في الأول عن طبيعة عملية تحصيل الورقة التجارية ويشمل التكييف القانوني وطرق التحصيل وعلاقة اطراف عملية التحصيل ، ونتحدث في الثاني عن الآثار الناتجة عن عقد تحصيل الحق الثابت في الورقة التجارية من حيث التزامات البنك كوكيل من جهة والتزامات العميل كموكل من جهة أخرى ٠

---

(٣) انظر د٠ علي البارودي : العقود وعمليات البنوك التجارية ط ١٩٨٨ ص ٤٠٤ وما بعدها ٠

وراجع د٠ ادوار عيد : المرجع السابق ص ٥٥٠ ٠ والمؤلف ٠ الأوراق التجارية ط ١٩٩٠ ص ٦٥ وما بعدها ٠

المبحث الأول

طبيعة عملية تحصيل الأوراق التجارية

١٥٤ـ الأوراق التجارية اداة وفاء يتم دفع قيمتها في موعد استحقاقها ، واداة ائتمان تعطي محررها وقتاً للوفاء ، ولهذه الأوراق اطراف منهم مدين ومنهم دائن ، والأخير يسعى لتحصيل قيمة هذه الأوراق بنفسه وله الحق في ان يوكل عنه غيره في تحصيل قيمتها ، والحالة الأخيرة ما قصدنا ان نناقشها في هذا المبحث وهي حالة قيام شخص آخر غير الدائن بتحصيل قيمة هذه الأوراق لحساب الأخير •

وفي ضوء ذلك فان عملية التحصيل هذه لا بد ان يسبقها مرحلة يتم اثناءها ابـرام عقد بين الدائن في الورقة التجارية وبين مـن سيقوم بتحصيلها ، وهو في الغالب بنك ، يُعهد اليه بموجب هذا العقد تحصيل حقوق عميله (الدائن) لدى الغير •

وعملية تحصيل قيمة الورقة التجارية تأثر لعقد تم ابرامه بين البنك وعميله يقوم بها هذا البنك كواحدة من الخدمات التي يقدمها لعملائه ، الا انها غير تبرعية لان انتفاء صفة التبرع تلازم العمليات التجارية بشكل عام ، ويعمل البنك بمناسبة الخدمات المصرفية التي يقوم بها على زيادة عملياته الأصلية أو اجتذاب عملاء آخرين •

ونبين في الفقرات التالية التكييف القانوني لعملية تحصيل الأوراق التجارية ، **وطرق التحصيل** والعلاقة القانونية بين الأطراف ـ البنك والعميل ، البنك والمدين •

١٥٥ـ التكييف القانوني لعملية تحصيل الأوراق التجارية :

ان المدين في الورقة التجارية يعتبر أجنبياً في العقد المبرم بين الوكيل وعميله (الدائن) ، وهذا العقد يتم عادة دون رضاء المدين أو علمه ، ولذلك لا تربطه بالوكيل أية علاقة عقدية ، ورغم ذلك فان هذا الوكيل يمكنه مطالبته بالوفاء ــ عند حلول أجل الاستحقاق ــ بقيمة الأوراق التجارية · وانه اذا حل محل الدائن فانه بذلك يصبح مالكاً للحقوق الثابتة في الورقة التجارية بمقتضى اتفاق الحلول · على نحو يصبح دائناً جديداً حل محل الدائن في حقوقه على المدين ــ وهو ما لا نود الحديث عنه ، لان غايتنا تنصرف الى تحديد طبيعة قيام البنك بتحصيل قيمة الورقة التجارية لحساب عميله ·

ويلجأ البنك وعميله الى تحصيل الأوراق التجارية في اطار الوكالة التي يقوم بموجبها البنك بالتحصيل نيابة عن عميله الذي يبقى مالكاً لها ، وهو بهذه الصفة وكيل عادي يلتزم بتعليمات العميل كموكل ، ويتصرف في حدود السلطات الممنوحة له بموجب عقد الوكالة · ولا بد للوكيل بموجب هذا العقد أن يرجع الى قواعد الوكالة ، وتبدو فائدة عقد الوكالة لتحصيل الأوراق التجارية في أنها تمثل بالنسبة للعميل الاستفادة مما يقدمه البنك من خدمات تجعله يتفرغ الى أعمال أخرى ، وبالنسبة للبنك معرفة أسرار عملائه من حيث مركزهم المالي ومدى منحهم التسهيلات المصرفية في ضوء تعامل هذا البنك مع الجمهور · بالاضافة الى ما يتقاضاه من عمولة[١] ·

لذلك وبعد الوقوف على الصفة التي يتمتع بها البنك عند تحصيله الحقوق الثابتة في الورقة التجارية ، في انه لا يطالب المدين بالوفاء على

---

(١) انظر في ذلك د· توريه توفيق : وكالة تحصيل وضمان الحقوق التجارية . رسالة دكتوراه جامعة القاهرة سنة ١٩٨٨ ص ١١٨ وما بعدها ·

أساس انه مالك لها أو لحسابه الخاص ، بل يطالبه بقيمتها لحساب عميله وبالوكالة عنه ، فان طبيعة هذه العملية تكيف على أساس الوكالة بحيث لا يضمن فيها الوكيل مخاطر عدم الوفاء ، وله حق الرجوع على العميل الموكل في حالة تقديم قروض له بضمان هذه الأوراق .

والبنك الذي يقوم بهذه العملية انما يقوم بتصرف قانوني لحساب عميله ، وبالتالي فانه وكيل عنه بتحصيل الحقوق الثابتة بموجب الأوراق التجارية .

وعلى هذا التأسيس تكون العلاقة بين البنك وعميله عبارة عن عقد وكالة تخضع لاحكام القواعد العامة في القانون المدني (المواد ٨٣٣ – ٨٦٧) ويكملها العرف المصرفي[٢] .

١٥٦ـ طريق تحصيل الأوراق التجارية :

لان تحصيل الأوراق التجارية يتم بموجب عقد الوكالة ، فالوكيل ملتزم بشروط هذا العقد وتعليمات الموكل . وتحصيل الحقوق الثابتة في الأوراق التجارية يتم وديا أو جبرياً ، وهو في الصورة الأولى يتم تحصيل قيمة الأوراق بارسال اشعار الى المدين فيها عند استحقاقها ، حتى اذا بادر بدفع قيمتها لم يعد هناك ما يربط هذا المدين بالدائن الموكل أو وكيله (البنك) .

أما اذا تخلف المدين عن الدفع بعد الاشعار أو تراخي فيه ، فمن واجب البنك بصفته وكيلا للدائن ان يشعر الأخير بواقعة عدم الوفاء ، وفي هذه الصورة الثانية وهي التحصيل الجبري والتي تمثل المرحلة اللاحقة لمرحلة التحصيل الودي ، تلك المرحلة التي لا تنتج الا عن تراخي

---

(٢) انظر د. علي جمال الدين عوض : عمليات البنوك من الوجهة القانونية ط ١٩٨٩ ص ٨٩٠ .

المدين في الوفاء أو تعنته في هذا الوفاء ، يقوم البنك بالتنفيذ الجبري على المدين (ملاحقته قضائياً) التنفيذ على أمواله جبراً ... الخ .

والبنك الوكيل وهو يقوم بعملية تحصيل الحقوق الثابتة في الأوراق التجارية فهو يقوم بذلك أما بمقتضى دعوى الحلول (حلول الدائن محل المدين) باعتباره حل محل عميله في مطالبة المدين الأصلي وأما بمقتضى دعوى شخصية سنداً لعقد الوكالة الذي يخوله القيام بما وكله فيه عميلـــه[٣] .

١٥٧ـ العلاقة بين اطراف عملية تحصيل الأوراق التجارية :

تتكون هذه العلاقة فيما بين الوكيل والمدين من جهة وبين الوكيل والموكل من جهة ثانية .

ففي العلاقة بين الوكيل والمدين فانها لا تقوم على أساس المديونية أي علاقة الدائن بمدينه ، وبهذه الصفة يمتنع على الوكيل (البنك) اتخاذ اجراءات التنفيذ الجبري لانه غير مالك للحق الذي في ذمة المدين ، وبالتالي فهذه العلاقة هي علاقة وكيل بمدين موكله ، وهذا الأمر يستوجب قبل اتخاذ اجراءات التنفيذ الجبري في حالة امتناع المدين عن الوفاء انتظار تعليمات الموكل لان البنك لا يقوم بمقاضاة المدين الا وفق تعليمات الموكـــل .

وفي الجهة الثانية حيث علاقة الموكل بالبنك الوكيل فهي كما قلنا مستمدة من عقد الوكالة ، بما يعني ان البنك ملتزم بتنفيذ تعليمات عميله . وفي الواقع العملي نجد ان العميل يظهر الأوراق التجارية على

---

(٣) انظر في الأساس القانوني للتوكيل في التحصيل :

J. Letoux : Le Contrat de Factoring. these, Rennes 1977 p.p. 290-292

رسالة دكتوراه أعدها هذا الكاتب عام ١٩٧٧ في جامعة رن بفرنسا .

نحو يصبح فيها البنك وكيلا بتحصيلها ، وهو ما يطلق عليه التظهير التوكيلي وهو بخلاف الوضع الذي يظهر فيه العميل هذه الأوراق بصورة يصبح معها البنك مالكاً لها ، أو يظهر العميل هذه الأوراق بصورة يصبح معها البنك مرتهناً لها ، ولكل فرض مما ذكر قواعد خاصة سيأتي بيانها .

وبالنتيجة فان العلاقة بين الموكل والوكيل والعلاقة بين الوكيل ومدين الموكل تحكمهما قواعد الوكالة .

المبحث الثاني

آثار عقد تحصيل الأوراق التجارية

١٥٨ـ آثار العقد هي التزامات اطرافه التي رضي بها كل منهم ، والتزامات اطراف عقد تحصيل الأوراق التجارية هي التزامات البنك الوكيل والتزامات العميل الموكل ونناقشها فيما يلي ٠

١٥٩ـ **التزامات البنك الوكيل :**

يتعين على البنك الوكيل ان يقوم بما ترتب بذمته من التزامات ناتجة عن عقد الوكالة ، وهذه الالتزامات هي مطالبة المدين بالحق بتاريخ استحقاقه ، وآخطار الموكل بالتطورات والوقائع التي من شانها التاثير في استيفاء حقه ، واعادة ما تعلق بعقد الوكالة من سندات وأوراق بالاضافة الى المبلغ المحصل الى الموكل ٠

وهذه الالتزامات ترتب بذمة البنك بعد مطالبة المدين بالوفاء ان يحرر الاحتجاج عند عدم الدفع من أجل اثبات هذه الواقعة ، وعلى البنك ان يحرك الضمانات التي من شأنها المحافظة على حقوق العميل (الموكل) ٠

وفي كل الأحوال ينقضي التزام البنك الوكيل بمطالبة المدين على نحو يحفظ لعميله حقوقه ويمكنه من المطالبة بها قضائياً ، وهذا يعني ان الوكيل غير ملزم باتخاذ اجراءات التنفيذ الجبري أو المطالبة القضائية الا اذا كلفه الموكل بالقيام بها ، وهذا ما قضت به محكمة النقض المصرية حيث أقرت للبنك بحق مقاضاة المدين في الورقة التجارية باسمه ولحساب موكله (نقض ٢٨ نوفمبر ١٩٥٧)(١) ٠

والتزام البنك مطالبة المدين يشكل عبئاً على البنك ذلك لانه يسال عند عدم المطالبة وفق المواعيد المقررة قانوناً ، أو عند عدم مراعاته لقواعد

---

(١) د٠ علي جمال الدين عوض : المرجع السابق ص ٨٨٩ وما بعدها ـ ويقول في هذا الصدد ان معظم التشريعات ياخذ بقواعد مستمدة من قواعد جنيف الموحدة لسنة ١٩٣٠ الخاصة بالأوراق التجارية ٠

الشكل في الاجراءات التي يتخذها للمبادرة باثبات واقعة عدم الدفع ·
أما مسؤولية البنك فناتجة عن التراخي بالمطالبة بالحقوق الثابتة في الاوراق التجارية ، لأن أي تخلف أو توان في مواعيد المطالبة أو شكلها يعرض الدائن لسقوط حقه في الرجوع على ضامني الورقة وأحياناً على الساحب ·

ويسأل البنك كذلك اذا هو تأخر في أخطار عميله بفشل المطالبة ، لان ما يترتب على التأخر في ذلك استمرار العميل في التعامل مع المدين ظناً منه ان الأخير أوفى قيمة الأوراق ، وقضت محكمة النقض الفرنسية بذلك عندما قررت ان البنك أهمل اهمالا كبيراً في عدم أخطاره العميل الموكل ، وكان حكم النقض هذا قد صدر في صدد قضية كان قد رفعها عميل أحد البنوك ضد البنك ، وادعى فيها ان البنك لم يخطره بواقعة عدم الوفاء مما جعله يستمر في التعامل مع المدين المسحوب عليه ظناً منه انه أوفى دينه السابق والذي كلف البنك بتحصيله ، ثم افلس هذا المدين ، وكان دفاع الموكل في الدعوى انه لو كان علم بواقعة عدم الوفاء لكف عن التعامل(٢) ·

والالتزام الأخير الذي يرتبه عقد الوكالة بذمة البنك هو تقديم حساب للموكل على نحو يثبت المبالغ المحصلة في الجانب الدائن بحساب العميل لديه أو يدفع المبلغ له مباشرة بالاضافة الى اعادة كافة المستندات المثبتة للحق سواء تم تحصيله أم لا ·

١٦٠ـ التزامات العميل الموكل :

يلتزم العميل الموكل بدفع العمولة المتفق عليها أو تلك التي جرى عليها العرف ، وهذه العمولة تتناسب عادة مع مقدار الحق المطلوب تحصيله ، ويلتزم كذلك بدفع النفقات الاضافية التي يتحملها الوكيل

---

(٢) انظر هذه الاحكام الصادرة عن القضاء الفرنسي في المرجع السابق ص ٨٩٦ وما بعدها ·
وحكم ان البنك عليه بذل عناية الوكيل المأجور واخطار عميله بعدم حصول الوفاء ويسأل اذا تأخر عنه في ذلك · نقض مدني فرنسي ١٩٢٤/١١/٤ جازيت ١٩٣٥/١/٢٧ ·
المرجع السابق ص ٨٩٧ هامش ١٤ ·

في سبيل تنفيذ الوكالة ويعد ذلك تعويضا للبنك الوكيل ، على ان التعويض لا يدفعه العميل الا اذا كان بالاتفاق ·

وجرى العرف أن يقوم العميل بتظهير الاوراق التجارية التي يطلب الى البنك القيام بتحصيلها وهذا التظهير توكيلي ، بموجبه يبقى العميل مالكاً للورقة التجارية ، يستطيع استردادها في حالة افلاس البنك[٣] ·

ونتيجة لذلك فان العميل يستطيع الرجوع في وكالته على نحو يمكنه عزل البنك ، الا اذا تعلق لهذا الأخير حق في الوكالة فيمتنع عزله ، كما لو دفع قيمة الورقة الى الموكل ، أو قيد له في جانب الدائن من حسابه الجاري قيمتها ، المادة ٨٦٣ مدني أردني ·

ويترتب أيضاً انقضاء الوكالة في حالة افلاس العميل قبل اتمام تحصيل الورقة التجارية ، الا اذا كان هذا البنك قد قيد قيمتها في جانب الدائن من حساب العميل ، أو دفعها نقداً ، وبمثل هذه الحالة يبقى له تحصيل قيمتها[٤] ·

ويترتب أخيراً أنه اذا توفي العميل انقضت وكالة البنك وسقطت عنه صفته في استيفاء الدين ما لم تتضمن هذه الوكالة مصلحة لاطرافها وتعلق بها حق الغير ـ المادة ٨٦٢ مو القانون المدني الأردني ويقابلها المادة ٧١٥ مدني مصري ·

وبشأن انتهاء الوكالة على النحو المتقدم يقول الدكتور علي جمال الدين عوض : « وعلى كل حال فانه بالنظر الى الغير حسني النية ، الذين

---

(٣) انظر د· علي البارودي : العقود وعمليات البنوك التجارية ، ط ١٩٨٨ ص ٤٠٤ ويقول : « وتبدو أهمية ذلك اذا افلس البنك ، اذ يستطيع العميل ان يسترد الورقة التجارية من التفليسة » ·

(٤) انظر الدكتور علي جمال الدين عوض : عمليات البنوك من الوجهة القانونية ، ط ١٩٨٩ ص ٩٠٦ ويقول « اذا افلس العميل قبل التحصيل انقضت الوكالة ولكن يظل للبنك تحصيل الورقة اذا كان قد قيد قيمتها في حساب العميل أو كان قد اعطاه قيمتها نقداً معجلا » ·

لا يعلمون بانتهاء الوكالة ، تظل حقوقهم قائمة تحميها قواعد الظهور أي القواعد الخاصة بحماية الحقوق المترتبة على الوضع الظاهر »(٥) .

وما ينطبق على سند السحب فانه ينطبق على الشيك بشأن تحضيله كورقة تجارية يعهد بها الى بنك يتولى عملية التحصيل ، ومع ذلك فان هناك أحكاماً تنفرد بها عملية تحصيل الشيك .

ونتصور عملية تحصيل الشيك على النحو التالي :

يتقدم العميل من البنك بشيك مسحوب على بنك بعيد عن محل اقامته ، ويطلب اليه تحصيله وفق الاعراف المتبعة ، أو يتقدم العميل بشيك مسحوب على رصيده في بنك آخر ويطلب تحصيله وفق الاعراف المتبعة ، هاتان الصورتان تمثلان الجانب الايجابي للعميل في كونه المستفيد من قيمة الشيك الذي يطلب تحصيله ، وهو بذلك مالك الحق الثابت في هذا الشيك ، سواء كان ساحب الشيك العميل أو غيره .

ويأتي دور البنك ، الذي يرحب عادة بتحصيل الشيك لحساب عميله خدمة له ، وهو بذلك اما أن يقيد قيمته بحساب العميل تحت بند معلق(٦) أو ان يقيد قيمته نقداً في حسابه على نحو يستطيع العميل قبضهـا .

والفارق في العمليتين السابقتين ان البنك أما ان يكون ضامناً وأما ان يكون وكيلا ، فاذا كان ضامناً فانه يمتلك الشيك ذلك لانه يكون قد دفع قيمته نقداً للعميل ، أما اذا كان وكيلا فان الشيك يبقى مملوكاً للعميل لحين تحصيل قيمته ، فاذا لم تحصل رده اليه بوصفه مالكاً له .

وهناك صورة أخرى لتحصيل الشيك ، تظهر في قيام البنك بدفع قيمة الشيك نقداً الى عميله كقرض بضمان هذا الشيك ، وبهذه الصورة

---

(٥) انظر د. علي جمال الدين عوض : المرجع السابق ص ٩٠٦ .

(٦) يعلق البنك قيمة الشيك على نحو يمتنع على العميل قبضها على الرغم انها مقيدة في الجانب الدائن له وتبقى كذلك لحين تحصيلها من البنك المسحوب عليه .

يبقى الشيك ملكاً للعميل يتحمل مخاطر عدم تحصليه ، وانه اذا لم يتم التحصيل يكون العميل مديناً للبنك بالقرض الذي قيده له بضمان الشيك ، ويجري البنك قيداً عكسياً في حساب العميل ، وخطورة هذه الصورة يتحملها البنك في حالة افلاس العميل ، لانه يلتزم برد الشيك الى وكيل التفليسة ويصبح هو أحد الدائنين بقيمة القرض في تفليسه العميل[٧] .

واذا كان الأصل ان البنك كوكيل في التحصيل لا يدفع لموكله قيمة الورقة التجارية الا بعد تحصيلها ، الا ان الاتفاق بين الطرفين ينتهي عادة بتعجيل دفع قيمة هذه الورقة للعميل بضمان الورقة ذاتها ، وهذا التصور يمكن القول بشأنه أن البنك قدم قرضاً على الحساب بحيث يقيد له في جانب الدائن قيمة الورقة ويمكن للعميل التصرف في هذا المبلغ ، وبهذه الصورة تبقى الورقة التجارية مملوكة للعميل ويتحمل مخاطر عدم تحصيلها ، وانه اذا حل أجل استحقاقها وتمنع المدين بها عن الوفاء ، أجرى البنك قيداً عكسياً في حساب العميل وجعله مديناً له بالمبلغ الذي وضعه في جانب الدائن[٨] .

---

(٧) المرجع السابق ص ٩٠٦ .

(٨) المرجع السابق ص ٩٠٨ ويقول « لا يعد هذا الاجراء خطأ يسمح للغير ان يطالب البنك بتعويض ما يسببه له من ضرر ، حتى ولو لم يتحقق البنك من وجود الرصيد مقدماً » وانظر نقض تجاري فرنسي ١٩٧٥/١/١٥ . المجلة الفصلية ١٩٧٥ ص ٣٣٢ رقم ٥ مشار اليه ، المرجع السابق هامش ٢٧ ص ٩٠٨ .

الفصل الثالث

رهن الأوراق التجارية

١٦١ـ التسليف بفائدة عقد من العقود التي يصاحبها رهن شيء (منقول أو عقار) يجعل الدائن مطمئناً على نحو يمكنه من استيفاء دينه من ثمن الشيء المرهون اذا ماطل المدين ، ويسمى هذا العقد رهناً ، واطرافه الدائن وهو المرتهن والمدين وهو الراهن ، أما محل الرهن فهو الشيء المرهـــون ٠

ونظم القانون المدني عقد الرهن سواء كان منقولا أم عقاراً ، ووردت أحكام الرهن في المواد من ١٣٢٢ ـ ١٤٣٢ ، كما وردت في القانون المدني المصري في المواد ١٠٣٠ ـ ١١٢٩ ٠ والرهن يقع على العقار وهو الرهن العقاري ويقع على المنقول وهو رهن المنقول ٠

اما رهن العقار فيكون حيازياً أو تأمينياً وهو في صورتيه لا بد من تسجيله ـ المادتان ١٣٢٣ ، ١٤٠٢ من القانون المدني الأردني ـ ويقابلها المادتان ١٠٣١ ، ١١١٤ من القانون المدني المصري ٠

ولان حديثنا سينصب على رهن الأوراق التجارية وهي من المنقول ، لذلك سنكتفي بالحديث عن رهن المنقول ، الذي نظمه القانون المدني الأردني في المـواد ١٤٠٥ ـ ١٤٠٨ والقانون المدني المصري في المـواد ١١١٧ ـ ١١٢٢ ٠

ونصت المادة ١٤٠٥ مدني أردني على أنه « لا يعتبر رهن المنقول حيازياً نافذاً في حق الغير الا اذا دون في ورقة ثابتة التاريخ يحدد فيها الدين والمال المرهون الى جانب انتقال الحيازة الى المرتهن » ٠

ونصت المادة ١١١٧ مدني مصري على أنه : « يشترط لنفاذ رهن المنقول في حق الغير الى جانب انتقال الحيازة أن يدون العقد في ورقة ثابتة التاريخ يبين فيها المبلغ المضمون بالرهن والعين المرهونة بيانا كافيا ، وهذا التاريخ الثابت يحدد مرتبة الدائن المرتهن » ٠

ولعل تشابه أحكام النصين الأردني والمصري يجعلنا نحدد شروط نفاذ عقد رهن المنقول في القانونين بأنها :

١ ــ انتقال حيازة الشيء المرهون الى المرتهن ٠

٢ ــ تدوين العقد في ورقة ثابتة التاريخ ٠

٣ ــ ذكر المبلغ المضمون بالرهن والشيء المرهون ٠

ونظام الرهن واحد سواء كان الدين مدنياً أو تجارياً ولا يفترق الرهن في كليهما الا ببعض تفصيلات خاصة بالرهن التجاري تتعلق بوسائل الاثبات وسرعة البيع الجبري(١) ٠

ورهن الأوراق التجارية يشبه الى حد التأمينات العينية التي يختص فيها الدائن ببعض أموال المدين ، بحيث يكون له ان يطالب بحق التقدم على ثمنها ، فيستوفي دينه من قيمتها قبل غيره من الدائنين ، ويتخلص من تزاحمهم معه(٢) ٠

وسنقوم بالحديث عن رهن الأوراق التجارية في المباحث الثلاثة التاليـــة :

---

(١) انظر د٠ علي العريف : شرح القانون التجاري ط ١٩٥٩ ص ٢٤٤ ويقول في ذلك . « ٠٠٠ فقواعد عقد رهن المنقول تعتبر واحدة في الأعمال المدنية والتجارية مع استثناء الاثبات والتنفيذ بالبيع الجبري » ٠

(٢) انظر د٠ محمد كامل مرسي : شرح القانون المدني الجديد ٠ الحقوق العينية التبعية أو التأمينات العينية ط ١٩٤٨ ص ١٣ ٠

المبحث الأول

طبيعة عملية رهن الأوراق التجارية

١٦٢ـ تتوقف طبيعة عقد الرهن بشكل عام على طبيعة الدين المضمون به، فاذا كان هذا الدين مدنياً كان الرهن مدنياً واذا كان الدين تجارياً كان الرهن تجارياً ، وهذه النتيجة حتمية على اساس ان الرهن تابع وهو بتبعيته يعتبر فرعاً بمعنى ان الدين هو الأصل والرهن هو الفرع والفرع يتبع الأصل ·

وعلى ذلك يتبع الرهن الدين ويكتسب صفته ، ولا عبرة في تحديد طبيعة الرهن لما اذا كان المدين أو الدائن تاجراً ، ولا يشترط ان يكون الدين تجارياً بالنسبة للطرفين معاً أو بالنسبة الى المدين وحده ، بل يكفي أن يكون الدين تجارياً بالنسبة الى أي منهما حتى يكون الرهن كذلك(١) ·

وتختلف أحكام انشاء الرهن باختلاف ما اذا كان الرهن مدنياً أو تجارياً ، لان عقد الرهن عقد رضائي يتم بمجرد الاتفاق ولا يشترط فيه الكتابة ، وتطبق في شأن الاثبات القواعد العامة في القانون المدني وقانون البينات ، وهذه الاحكام فيما يتعلق بطرفي العقد ، أما بالنسبة للغير فلا يجيز القانون المدني الاحتجاج ضده بالرهن الا اذا كان العقد ثابت التاريخ وتم تسليم الشيء المرهون للدائن المرتهن · المادة ١٤٠٥ من القانون المدني الأردني ·

أما فيما يتعلق بالرهن التجاري فنصت المادة ١/٦١ من قانون التجارة الأردني على أنه : « فيما خلا القيود التالية يثبت الرهن بجميع طرق الاثبات » وهذا ينسجم مع ما تقتضيه المعاملات التجارية من مرونة وسرعة ·

---

(١) انظر عكس هذا الرأي ريبر ٢٣٢١ مشار اليه في د· محسن شفيق : المرجع السابق ص ٥٥ ويقول في ذلك « انه اذا كان الدين مختلطاً فلا يكون الرهن تجارياً الا اذا كان الدين يعتبر عملا تجارياً بالنسبة الى المدين » ·

كما نصت المادة (٧٦) من القانون التجاري المصري على أنه : « يثبت الرهن الذي يعقد ضماناً لدين تجاري بكافة طرق الاثبات المقبولة في المواد التجارية سواء بالنسبة للمتعاقدين أو للغير » ٠

وتسرى بشأن شرط الحيازة أحكام المادة (١٤٠٥) من القانون المدني الأردني ، بحيث تكون الحيازة شرطاً للاحتجاج بالرهن على الغير سواء كان مدنياً أو تجارياً ٠

ولا يبقى من فرق في الاحكام التي تطبق على عقد الرهن المدني أو التجاري سوى ما يتعلق بمسألة الاحتجاج بالرهن على الغير اذ يشترط لهذا الاحتجاج ان يكون مكتوباً ثابت التاريخ في الرهن المدني ، بينما لا تشترط الكتابة في الرهن التجاري ومع ذلك فان الرهن التجاري يقع في الغالب مكتوباً وتتبع فيه اجراءات ثبوت التاريخ ٠

١٦٣ـ أحكام الرهن :

يعتبر الرهن تجارياً أو مدنياً متى وقع ضماناً لدين تجاري أو مدني[٢]، ويعتبر عقد الرهن تجارياً متى عقد ضماناً لدين تجاري[٣] ، لذلك فالعبرة بطبيعة الدين للحكم على نوع الرهن ، ويكون تجارياً اذا كان المدين تاجراً لافتراض أن الرهن تم لضمان دين يتصل بنشاطه التجاري ، وهذا الافتراض يقبل العكس[٤] ٠ وعموماً فانه طبقاً للقواعد العامة يكتسب عقد الرهن الصفة المدنية أو التجارية تبعاً للالتزام الأصلي ، ذلك لان عقد الرهن عقد تبعي وهو كذلك لانه ضمان لتنفيذ الالتزام

(٢) انظر الدكتور علي العريف : شرح القانون التجاري ط ١٩٥٩ ص ٢٤٤ ، يقول في ذلك « ٠٠٠ فقواعد عقد رهن المنقول تعتبر واحدة في الأعمال المدنية والتجارية مع استثناء الاثبات والتنفيذ بالبيع الجبري » ٠

(٣) د٠ محسن شفيق : الوسيط في القانون التجاري ، الجزء الثاني ص ٥٤ ـ ٥٥ حيث يقول « ويكفي ان يكون الدين الذي يضمنه الرهن تجارياً بالنسبة الى أحد الطرفين سواء كان الدائن أو المدين حتى يكون الرهن تجارياً » ٠

(٤) د٠ محمود سمير الشرقاوي : القانون التجاري ، الجزء الثاني ط ١٩٨٤ ص ٣٨ ٠

الأصلي ويسقط بسقوطه أو بطلانه أو الوفاء به[٥] ٠ ونصت المادة ٦٠ من قانون التجارة على أن : « الرهن التجاري الخاضع للقواعد المحددة فيما يلي يؤمن بموجبه الدين التجاري » ٠

ويمكن تعريف عقد الرهن بأنه تعهد المدين تسليم الدائن أو أي شخص متفق عليه شيئاً يحبسه لحين وفاء الدين الأصلي ٠ وبذلك يكون من آثار هذا العقد تمتع الدائن المرتهن بالامتياز على ثمن الشيء المرهون ، بحيث لو تأخر المدين في الوفاء استوفى الدائن حقه من ثمن الشيء المرهون بعد بيعه جبراً دون مزاحمة سائر الدائنين[٦] ، وعرفه الدكتور علي جمال الدين عوض بقوله « أنه عقد يلتزم به شخص ضماناً لدين عليه أو على غيره أن يسلم الى الدائن أو الى أجنبي يعينه المتعاقدان شيئاً يرتب عليه للدائن حقاً عينياً يخوله حبس الشيء لحين استيفاء الدين ، وأن يتقدم الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في استيفاء حقه من ثمن هذا الشيء في أي يد يكون »[٧] ٠

١٦٤ــ ماهية رهن الورقة التجارية :

ينصرف حديثنافي موضوع رهن الأوراق التجارية الى تلك التي تتوافر فيها الخصائص الواردة في الفصل الأول من الباب الثالث لهذا المؤلف ، ونستذكر بايجاز هذه الخصائص وهي : قابليتها للتداول بالطرق التجارية وتمثل حقاً يكون موضوعه مبلغاً من النقود ، ومعين المقدار نقداً وغير معلق على شرط أو الى أجل غير مسمى وتتضمن التزاماً بدفع مبلغ من النقود

---

(٥) يعتبر عقد الرهن الذي يكون البنك طرفاً فيه تجارياً ذلك لان تبعية هذا الرهن للالتزام الأصلي تكسبه هذه الصفة التي تلازم كل عمليات البنوك والتي اعتبرها المشرع تجارية المادة ٦/١/د من القانون التجاري الأردني والمادة ٧٦ من القانون التجاري المصري ٠

(٦) د٠ على العريف : المرجع السابق ص ٢٤٥ ٠

(٧) د٠ على جمال الدين عوض : المرجع السابق ص ١٠٦٩ ويقول بشأن تجارية الرهن : « وقد رأينا ان محكمة النقض المصرية تعتبر كل قرض من البنك تجارياً دائماً أيا كان وضعه بالنسبة للعميل ، ولهذا يعتبر الرهن ــ وهو تابع للدين الناشيء من القرض ــ تجارياً ــ وبالتالي خاضعاً لاحكام القانون التجاري تكملها نصوص القانون المدني » ٠

في موعد معين ٠ وان كل ورقة تتوافر فيها الخصائص المذكورة تعد من الأوراق التجارية التي نقصدها بحديثنا عـن موضوع رهـن الأوراق التجارية ، ونشير الى هذه الأوراق وفق نص المادة (١٢٣) من قانون التجارة رقم ١٢ لسنة ١٩٦٦ الذي ورد على النحو التالي :

« الأوراق التجارية هي اسناد قابلة للتداول بمقتضى أحكام هذا القانون وتشتمل على ما يلي » وأورد نص هذه المادة في فقراتها أ ، ب ، ج ، د أمثلة للأوراق التجارية وذكر منها : سند السحب وسند الأمر (السند الأذني) والشيك والسند لحامله أو القابل للانتقال بالتظهير وتضمنت الفقرات ٢ ، ٣ ، ٤ من المادة (٦١) من قانون التجارة كيفية رهن الحقوق والأوراق التجارية والمالية ٠

وبشأن رهن الأوراق التجارية فقد نصت الفقرة (٢) من المادة (٦١) على أنه « يجرى رهن السند الاسمي بمعاملة انتقال على سبيل التأمين في سجلات المحل الذي أصدر السند وعلى السند نفسه » ٠

ونصت الفقرة (٣) من ذات المادة على ما يلي : « أما السند لأمر فيجري الرهن عليه بتظهير تدرج فيه عبارة (القيمة وضعت تأميناً) أو عبارة أخرى بالمعنى نفسه » ٠

مما تقدم يتضح أن عقد رهن الأوراق التجارية يتطلب بالاضافة الى الشروط العامة شروطاً خاصة هي بالنسبة للسند لأمر ان يتم تظهيره على نحو يدل على أن قيمة هذا السند تأميناً لدين بذمة صاحب الحق فيه « الراهن » ٠

ويثبت هذا الرهن وفق ما تثبت به الأعمال التجارية بكافة وسائل الاثبـــات ٠

أما بالنسبة لرهن الورقة التجارية فان العقد المبرم بـين الراهن والمرتهن عقد رضائي وهو تابع بمعنى أنه وجد لضمان الوفاء بالتزام

سابق ، ويسقط الرهن بحيث تنقضي الالتزامات التي تولدت عن العقد اذا انتهى الالتزام بسبب من أسباب الانقضاء ، ويحكم عقد الرهن بصفة عامة قواعد القانون العام وهو القانون المدني فيما يتعلق بشروط الانعقاد ، ولا يختلف الرهن التجاري عن الرهن المدني الا في قواعد الاثبات والنفاذ واجراءات التنفيذ(٨) .

فبالنسبة لقواعد الاثبات فكما أسلفنا يجوز اثبات الرهن التجاري بكافة وسائل الاثبات سواء بالنسبة للمتعاقد أو الغير ـ المادة (٦١) من قانون التجارة . أما الرهن المدني فلا يثبت بشهادة الشهود اذا كانت قيمته تزيد عن عشرة دنانير(٩) .

وبالنسبة لاجراءات التنفيذ فيحق للدائن المرتهن مراجعة المحكمة المختصة عند عدم الدفع في ميعاد الاستحقاق ليستوفي دينه من ثمن المرهون بطريق الامتياز ، على أنه لا يجوز للمرتهن ان يتملك المرهون أو يتصرف به بدون الاجراءات المحددة في المادتين ٦٦ ـ ٦٧ من قانون التجارة بالنسبة للرهن التجاري .

أما عملية رهن الورقة التجارية بحد ذاتها فهي عبارة عن اتفاق بين الراهن والمرتهن يتم بموجبه رهن الورقة شأن أي رهن آخر وفق الشروط الخاصة لذلك وتتم عملية الرهن بتظهير الورقة على نحو يفيد أن قيمتها ضمان لدين سابق بذمة الراهن .

ويحدد عقد الرهن الشروط بين الطرفين ، فقد يتفقان على رهن الورقة التجارية بحيث يتم تظهيرها الى المرتهن بصورة كاملة (تظهيراً ناقلاً للملكية) أو (تظهيراً توكيلياً) .

---

(٨) د. علي جمال الدين عوض : المرجع السابق ص ١٠٦٩ .

(٩) لا ينفذ رهن المنقول في حق الغير الا اذا دون في ورقة ثابتة التاريخ انظر المادة ١٤٠٥ مدني أردني .

وككل العقود ينتج عقد الرهن التزامات بين الطرفين ، وهذه الالتزامات هي آثار العقد ، وتبدو في علاقة طرفي العقد ، وفي مواجهة الغير .

وثار التساؤل حول جواز رهن الشيك على اعتبار انه اداة وفاء مستحق الدفع بمجرد الاطلاع ، وذهب رأي الى القول بعدم جواز ذلك لان ما يترتب على المرتهن من التزامات يظهر في المبادرة الى تحصيل قيمة الشيك وابقائها أمانة لديه الى حلول أجل استحقاق دينه ، وان الشيك يعبر عن نقود يمكن الحصول عليها فوراً ، وانه لذلك لم يبق فائدة من وضعه لدى المرتهـــن .

وذهب رأي آخر للقول بجواز رهن الشيك تاميناً للدين والسند في ذلك ، ان هناك مهلة قانونية للمستفيد من الشيك يمارس اثناءها حقة في مراجعة البنك لقبض قيمة الشيك ، وان هذه المهلة تكون صالحة لرهن الشيك . ونحن نؤيد الرأي الثاني ونضيف انه يجوز وضع الشيك تأميناً للدين اذا صدر مؤجل الدفع ، ونشير الى قرار محكمة التمييز رقم ١٠ في القضية رقم ٩٠/١٩٢ الـذي تضمن ان الـدعوى سابقـة لاوانهـا اذا اقيمت على ساحب الشيك قبـل التاريخ المثبت على هـذا الشيـك(١٠) .

---

(١٠) تمييز جزاء رقم ١٠ في القضية رقم ٩٠/١٤٩ صدر بتاريخ ١٩٩٠/٩/٨ غير منشور وورد فيه « وحيث ان ما ينطبق على واقعة التاريخ المثبت على الشيك لغايات حساب مدة مرور الزمن الجزائي ينطبق على واقعة التاريخ المثبت على الشيك لغايات نشوء جريمة اعطاء شيك بدون رصيد ولغايات تطبيق القانون الجزائي بهذا التاريخ . وحيث ان التاريخ المثبت على الشيك هو ١٩٨٩/٩/٣٠ بينما قدمت الشكوى من المشتكي في ١٩٨٩/٢/٢٢ فانها تكون سابقة لاوانها » .

المبحث الثاني

آثار عقد رهن الأوراق التجارية

١٦٥- فهي بالنسبة للتظهير التأميني تبدو في العلاقة بين طرفي عقد الرهن على نحو يجب أن يتم نقل الحيازة الى الرهن ، ولا ينتج عقد الرهن أثراً بين عاقديه اذا بقيت الورقة التجارية محل العقد في حيازة المدين (الراهن)(١) .

وعلى الدائن المرتهن ان يحل محل المدين ويستعمل جميع الحقوق الملازمة للورقة المرهونة ، ذلك لان حكم المادة (٦٢) من قانون التجارة يعلق حق امتياز مرتهن الورقة التجارية على تسلمها من الراهن ، وبذلك يمكنه تحصيل الحق المضمون بالرهن من المدين استيفاء لدينه ، ويؤيد ذلك حكم المادة (٦٥) من ذات القانون ، التي توجب على المرتهن (الدائن) أن يستعمل لحساب المدين جميع الحقوق الملازمة للمال المرهون ، على نحو ألقى هذا النص على عاتق الدائن واجب اتخاذ جميع الاجراءات القانونية اللازمة لتحصيل قيمة السند ، حتى لا يكون مهملاً ويسأل عن تعويض الضرر الناشيء عن هذا الاهمال(٢) .

أما بشأن رضاء المدين في تسليم المال المرهون ، فان نص المادة ١/٦٢ من قانون التجارة أفقد عقد الرهن أحد الشروط الرئيسية في احداث أثره ، وهو عدم تسليم المال المرهون الى المرتهن ، لأن المرتهن يصبح غير قادر على مقاضاة الراهن للحصول على حكم بالزامه بتسليم الورقة التجارية التي كان الحق فيها محل عقد الرهن ، وتفسير ذلك أن الاختلاف

---

(١) انظر المادة ١/٦٢ من قانون التجارة الأردني . انظر د. علي العريف : شرح القانون التجاري المصري ط ١٩٥٩ ص ٢٤٥ ويقول « وكل ما هنالك اذا ماطل المدين في التسليم فيجوز التقاضي والزامه بهذا التسليم تنفيذاً للعقد » .

(٢) انظر د. علي جمال الدين عوض : المرجع السابق ص ١٠٩١ .

بين عقد البيع ، وعقد الرهن يتضح في التسليم ، اذ أن الالتزام بالتسليم في عقد البيع أثر من آثار العقد الذي انعقد صحيحا ولا بد ان ينتج آثاره التي منها الالتزام بالتسليم والالتزام بدفع الثمن والضمان (الاستحقاق والتعرض والعيوب الخفية) ٠ أما الالتزام بتسليم الشيء المرهون فهو شرط لا بد منه لكي يصبح العقد لازماً ، لانه اذا تخلف التسليم بقي العقد غير لازم ٠

وان عدم تسليم المرهون الى الراهن (نقل الحيازة) يؤدي الى أن هذا العقد لا يحدث أثراً باعتباره رهناً ، ويؤيد قولنا نص المادة ١٣٧٥ من القانون المدني التي وردت على النحو التالي : « يشترط لتمام الرهن الحيازي ولزومه ان يقبضه الدائن أو العدل ، وللراهن ان يرجع عن الرهن قبل التسليم » ٠

وتفسير ذلك ان القبض في الرهن هو شرط لتمام العقد ولزومه ، ولزوم العقد وعدمه نصت عليه المادة ١٧٦ من القانون المدني حيث وردت كما يلي :

« ١ ــ يكون العقد غير لازم بالنسبة الى أحد عاقدية أو لكليهما رغم صحته ونفاذه اذا شرط له حق فسخه دون تراض أو تقاض ٠٠ » ٠

وبذلك يكون عدم تسليم الشيء المرهون خياراً للراهن ان شاء سلمه للمرتهن فيصبح العقد لازماً وان شاء لم يسلمه ليبقى غير لازم وقد ورد نص المادة ١٠٩٩ من القانون المدني المصري على عكس ما تقدم حيث جاء كما يلي :

« ١ ــ على الراهن تسليم الشيء المرهون الى الدائن أو الى الشخص الذي عينه المتعاقدان لتسلمه ٠

٢ ــ ويسري على الالتزام بتسليم الشيء المرهون أحكام الالتزام بتسليم الشيء المبيع » ٠

ومن ذلك يتضح أن شرط التسليم هو أثر من آثار عقد الرهن شأنه شأن تسليم المبيع ، يلتزم به البائع كأثر لعقد البيع ، لذلك كان الحكم

في القانون المدني المصري يختلف عنه في القانون المدني الأردني وفق ما أسلفنا من حيث ان القانون المصري أجاز للمرتهن مقاضاة الراهن لاجبارة على تسليم الشيء المرهون بينما اعتبر المشرع الأردني عقد الرهن غير منتج لاثاره اذا لم يتم نقل حيازة الشيء المرهون الى المرتهن وابقاه غير لازم ولو أنه انعقد صحيحاً ٠

أما آثار العقد بالنسبة للغير الذي ليس طرفاً في عملية الرهن ، فان تظهير الورقة التجارية على سبيل الرهن يأخذ حكم التظهير الناقل للملكية، اذ يجوز للمظهر اليه المطالبة بقيمة الورقة ، وله حق التمسك في مواجهة هذا الغير بكل ما يجوز له ان يتمسك به ضد المظهر اليه وهذا ما قررته محكمة النقض المصرية حيث ورد في حيثيات حكمها الصادر عام ١٩٦٧ ما يلي : « ومتى استوفى التظهير التأميني شرائط صحته فانه يعتبر ، في علاقة المظهر بالمظهر اليه رهناً تجرى عليه جميع قواعد الرهن وآثاره ، وأما في علاقة المظهر اليه بالمدين (في الورقة) فيقع تاماً ناقلاً لملكيـة السند الى المظهر ، وليس للمدين ان يحتج في مواجهته بأن التظهير قد تم على سبيل الرهن أو ينكر عليه حقه في استيفاء قيمة السند[٣] ٠

١٦٦ـ استيفاء الدين المضمون بالرهن :

يتم الوفاء باحدى طريقتين :

الأولى : أن يقوم المدين بوفاء الدين الذي رهن الورقة التجارية لضمانه ، وبهذه الحالة يتوجب على الدائن المرتهن ان يرد الورقة التجارية الى المدين لتنقضى الالتزامات التي رتبها عقد الرهن وتشمل العلاقة التعاقدية فيما بين الراهن والمرتهن ٠

الثانية : ان يستوفى المرتهن دينه من الحق الثابت في الورقة التجارية، ويتم ذلك على النحو التالي : اذا حـل أجـل استحقاق قيمة الورقـة

(٣) انظر حكم النقض المصري ٠ مجموعة أحكام النقض عدد ١٥ تاريخ ١٩٦٨/١٠/١٦ ٠

التجارية في ذات موعد أجل الدين المضمون بها وقبض الدائن قيمة الورقة فله أن يستوفى من قيمتها حقه والمصاريف ، ورد الباقي ان وجد الى الراهـن ٠

أما اذا حل أجل استحقاق الورقة التجارية قبل حلول أجل الدين المضمون ، فعلى الدائن المرتهن ان يتقدم من المدين والمتضامنين في الورقة التجارية لمطالبتهم بالوفاء ، حتى اذا حصل من أحدهم على قيمتها فله ان يستوفى حقه من هذه القيمة في وقت استحقاقة ٠ وهذا يعني أن له أن يستبقى قيمة الورقة التجارية عنده كضمان لحين حلول أجل استحقاق دينه منـــه(٤) ٠

وهكذا فان الدائن يمكنه استيفاء حقه باحدى الطرق التالية :

أ ـ ان يقوم المدين بوفاء الدين الى الدائن ويسترد الورقة المرهونة ٠

ب ـ ان يتزامن موعد أجل استحقاق الدين مع موعد أجل استحقاق قيمة الورقة فيستوفى الدائن حقه من قيمة الورقة اذا تم الوفاء من قبل المديـن بـه ٠

جـ ـ ان يحل أجل استحقاق قيمة الورقة التجارية قبل أجل الدين ويستوفى الدائن هذه القيمة من المدين بها ويستبقيها لديه لحين حلول أجل دينه ، فيستوفيه ويرد الباقي الى المدين ٠

---

(٤) انظر د٠ محسن شفيق : المرجع السابق ص ٢٩٥ ٠

د٠ على جمال الدين عوض : المرجع السابق ص ١٠٩٥ ويرى ان الدائن يلتزم بفوائد المبلغ الذي استوفاه من المدين بالورقة التجارية بالسعر القانوني الى حين رد الباقي الى الراهن ٠ ويرى كذلك ان المدين ليس بمقدوره ان يلزم الدائن لاستيفاء حقه ورد الباقي فوراً ٠ ونرى ان الدائن لا يلزم بفوائد المبلغ الا من تاريخ مطالبة المدين له بذلك وبهذه الحالة يكون من حقه ان يستوفى دينه ويرد الباقي ٠

١٦٧- استبدال المال المرهون :

اذا كان الشيء المرهون لصالح البنك من المثليات فانه يمكن استبدال غيره به ، شريطة ان يكون من ذات النوع والمقدار ، وان لا يؤدي هذا الاستبدال الى انقضاء الرهن • وورد نص المادة ١٤٠٦ من القانون المدني يجيز للمحكمة بيع المرهون اذا لم يقدم الراهن للمرتهن تأميناً آخر في حالة اصابة الشيء المرهون بالهلاك أو نقص في القيمة ، وبهذا الحكم يتعين على المرتهن اعلام الراهن بالعيب الذي اصاب الشيء المرهون حتى اذا لم يبادر الأخير الى تقديم غيره يتم بيع المرهون عن طريق المحكمة بناء على طلب أي مـن الطرفين ، وينتقل حق الدائن في هـذه الحالة الى الثمـن(٥) •

(٥) انظر نص المادة ١٤١٩ من القانون المدني ، « تسري أحكام رهن المنقول حيازياً على رهن الدين بما لا يتعارض مع الاحكام السابقة » وتجدر الاشارة بان المواد ١٤٠٩ - ١٤١٨ من القانون المدني تضمنت احكام رهن الديون وجاء في المادة ١٤٠٩ ان « من رهن ديناً له يلزمه ان يسلم الى المرتهن السند المثبت لهذا الدين » •

الخاتمـــة

ناقشنا في هذا المؤلف الجزء الأول من عمليات البنوك ، واشتمل على ثلاثة أبواب أوردناها في نطاق الاعتماد المصرفي بالضمان وهي الكفالة المصرفية وخطابات الضمان وخصم وتحصيل ورهن الأوراق التجارية ٠

ودار حديثنا في الباب الأول حول التزام البنك كضامن لعميله بمناسبة اصداره كفالة لصالح شخص آخر بناء على طلب العميل الذي التزم تقديم هذه الكفالة بموجب عقد مع المستفيد هو عقد الأساس ، وحددنا خصائص الكفالة والتزامات اطراف العلاقة القانونية وهم العميل والبنك والمستفيد ، وانهينا هذا الباب بالحديث عن انقضاء الالتزامات التي انشأها عقد الكفالة وكذلك الالتزامات فيما بين البنك والعميل ٠

وفي الباب الثاني حددنا ماهية خطابات الضمان وطبيعتها القانونية وموقف الفقه والقضاء والتشريع منها ، وبينا أوجه الشبه والخلاف بينها وبين عمليات البنوك وخاصة بينها وبين الكفالة المصرفية ، كما ناقشنا الخصائص المميزة لخطابات الضمان ، وأوضحنا على أساسها التزامات اطراف عملية هـذه الخطابات ، وتصدينا بالحديث عـن انقضاء هذه الالتزامـــات ٠

وتوخينا اثناء الحديث عن موضوع الباب الثاني (خطابات الضمان) ان نشير الى العلة التي كانت سبباً في استمرار سيطرة الروح التقليدية البحتة التي أقحمت كل الظواهر القانونية والتطورات العلمية والتكنولوجية في نطاق الأنظمة التقليدية ، وان هذه السيطرة للروح التقليدية كانت تؤدي الى تفسير عمليات البنوك ضمن نطاق مبادىء القانون المدني على نحو يعبر عن نهج غير سليم ، وهو ما يؤدي بالتالي الى تشويه صورة التعامل المصرفي والحد من حرية التجارة المصرفية واسهامها في التنمية الاقتصادية ، بالاضافة الى البطء في التوصل الى رد هذه العمليات الى الأسس القانونية التي تلائمها بدون تعقيد ٠

وفي الباب الثالث : ناقشنا الاعتماد المصرفي بالضمان في مجال الأوراق التجارية من حيث خصمها وتحصيلها ورهنها ، وابقينا على الأسس القانونية المستمدة من المبادىء العامة في القانون التي ترتد اليها تلك العمليات . ولاحظنا ان الظواهر القانونية للخصم والتحصيل والرهن لا تتناقض مع الاحكام القانونية في القانون المدني ، وان المبادي الواردة تكفي لان تغطي أحكامها ما يمكن ان يثور من منازعات بين اطراف العلاقات التي تنشأ عن الأوراق التجارية وخاصة اطراف عقد الخصم وعقد التحصيل وعقد الرهن .

وأخيراً . نجد من الواجب القول اننا في زمن اقتربت فيه المسافات بين أقاليم العالم بصورة كبيرة ، وزادت صلاة هذا العالم وتشابكت علاقاته ، وتسير هذه العلاقات وفق حقائق علمية في الحياة بشكل سريع وبصورة متغيرة .

ولا يغني استقرار الأحكام القانونية والنصوص الجامدة في القانون عن بذل المزيد من الجهد لمتابعة الاجتهاد والبحث ، وان قعود الفقه والقضاء عن السعي لمعالجة مستجدات عمليات البنوك وفق التطورات العلمية أمر يؤدي في معظم الأحيان الى اضطراب اقتصادي ينتج دائماً عن التناقض فيما بين الظواهر القانونية وهي العلاقات المتجددة الناشئة عن ممارسة البنوك لاعمالها وبين الأحكام القانونية المستقرة .

المؤلف

الدكتور محمود الكيلاني

الاردن ـ عمان

انتهى الجزء الأول بعون الله

قائمة المراجع

د. احمد حسني : قضاء النقض التجاري ، ط ١٩٨٧ .

د. احمد زكي وفاروق غلاب : خطابات الضمان أو الكفالات المصرفية، بحث مقدم الى مؤتمر المحامين العرب السادس ، القاهرة ، ١٩٦١ .

الاستاذ احمد فتحي زغلول : شرح القانون المدني ، ١٩١٣ .

د. ادوار عيد : العقود التجارية وعمليات المصارف ، ١٩٦٨ .

د. بضراني نجاة : الائتمان المصرفي بطريق التوقيع ، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، ١٩٨٨ .

د. توريه توفيق : وكالة تحصيل وضمان الحقوق التجارية ، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، ١٩٨٨ .

د. جميل الشرقاوي : النظرية العامة للالتزام ، ١٩٨١ .

د. حسن حسني : عقود الخدمات المصرفية ، ١٩٨٦ .

د. حسني المصري : اندماج الشركات وانقسامها ، ١٩٨٦.

د. حسين نجم الدين : تطور الاقتصاد الدولي ، ١٩٨٤ .

د· حياة شحاته : مخاطر الائتمان في البنوك التجارية ، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، ١٩٨٩ ·

د· رضا عبيد : القانون التجاري ، ١٩٨٧ ·

د· سليمان مرقس : عقد الكفالة ، ١٩٥٩ ·

ـ الوافي في شرح القانون المدني ، ١٩٨٥ ·

د· سميحة القليوبي : القانون التجاري ، عمليات البنوك ، الأوراق التجارية ، ١٩٨٦ ·

ـ الموجز في القانون التجاري ١٩٨٧·

ـ النظام القانوني لخطابات الضمان المصرفية ، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد ، سنة ١٩٧٥·

الاستاذ سويلم نصير : الكفالة المدنية والكفالة المصرفية (خطاب الضمان) محاضرات ١٩٨٨ غير منشورة ·

د· عبدالرزاق بوبندير : الأسباب القانونية والاختيارية لانقضاء الوكالة التجارية ، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، ١٩٨٩ ·

د· عبدالرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء الثالث ·

ـ النظرية العامة للالتزامات ، ١٩٣٤·

د. عبدالودود يحيى : عقد الكفالة ، ١٩٦٠ .

د. عدنان الهندي ومحمد جاسر : نشأة وتطور التشريع المصرفي في الأردن ، ١٩٨٢ .

د. علي البارودي : العقود وعمليات البنوك التجارية ، ١٩٨٨ .

الأوراق التجارية والافلاس ١٩٧٧ .

د. علي جمال الدين عوض : عمليات البنوك من الوجهة القانونية ، ١٩٨٩ .

ــ خطابات الضمان المصرفية ، ١٩٩١ .

د. علي حسن يونس : العقود التجارية وعمليات البنوك .

د. علي لطفي : التطور الاقتصادي ، ١٩٨٢ .

د. علي العريف : شرح القانون التجاري ، الجزء الأول ، ١٩٥٩ .

د. محسن شفيق : الموجز في القانون التجاري ، ١٩٦٦ .

د. محمد توفيق السعودي : تغير الشكل القانوني للشركات ذات المسؤولية المحدودة ، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة ، ١٩٨٨ .

د. محمد حسني عباس : عمليات البنوك ، ١٩٦٨ .

د. محمد حسين اسماعيل : القانون التجاري ، ١٩٨٥ .

د٠ محمد سعيد النابلسي : الجهاز المصرفي في عهد امارة شرقي الأردن وحتى انشاء البنك المركزي ١٩٢١ ـ ١٩٦٤ ، غير منشور ٠

د٠ محمد الشحات الجندي : فقه التعامل المالي والمصرفي الحديث ، ١٩٨٨ ٠

د٠ محمد شوقي شاهين : الشركات المشتركة ، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة ، ١٩٨٧ ٠

د٠ محمد عجمية وصبحي تادرس : النقود والبنوك والتجارة الخارجية ، ١٩٦٧ ٠

د٠ محمد كامل أمين ملش : موسوعة الشركات ، ١٩٨٠ ٠

د٠ محمد كامل مرسي : العقود المسماة ، ١٩٥٢ ٠

د٠ محمود سمير الشرقاوي : القانون التجاري ، الجزء الثاني ، ١٩٨٤ ٠

د٠ محمود الكيلاني : عقود التجارة الدولية في مجال نقل التكنولوجيا ، ١٩٨٨ ٠

ـ القانون التجاري الاردني ، الأوراق التجارية ، ١٩٩٠ ٠

د٠ محمود مختار البريري : المسؤولية التقصيرية للمصرف ، ١٩٨٦ ٠

د٠ مراد منير فهيم : العقود التجارية وعمليات البنوك ، ١٩٨٢ ٠

د. مصطفى كمال طه : الوجيز في القانون التجاري ، ١٩٧٣.

الاستاذ معوض عبدالتواب : مدونة القانون المدني ، الجزء الثاني ، ١٩٨٧ .

د. منصور مصطفى منصور : عقد الكفالة ، ١٩٦٠ .

G. Petit Dutaillis : Le resque du Credit banciare.

Hamel : Bon ques et operations de banque tom 2.

J. Letoux : Le Contrat de Factoring. these. Renn. 1977.

M. Dubisson : Le droit de Saisir les garanties ban - Caires emises dans Les Marches internationaux - J. C. P. - 1982.

Vasseur Michel : Banquier en 1983. 2. Revue Banque. Mars - 1983.

Vivant : Le Fondement Juridique des obligations, abstraites. 1975.

Henry P. de. vries : International Contract. ed - 1983.

Rostan. M. Kavoussi : International trade and economic developing Countries. the Journal of developing areas vol. 19 ‘ no. 3 ‘ April. 1985.

الفهـــرس

الفصل الثاني

الأساس القانوني للكفالة المصرفية

الفصل الثالث

انقضاء عقد الكفالة المصرفية

الباب الثاني

خطابات الضمان

الفصل الأول

ماهية خطابات الضمان المصرفية

الفصل الثاني

أنواع خطابات الضمان المصرفية

الفصل الثالث

آثار خطابات الضمان المصرفية

الفصل الرابع

انقضاء الالتزام في خطابات الضمان

الباب الثالث

الأوراق التجارية في نطاق عمليات البنوك

الفصل الأول

خصم الأوراق التجارية

الفصل الثاني

تحصيل الأوراق التجارية

الفصل الثالث

رهن الأوراق التجارية

موافقة دائرة المطبوعات والنشر

رقم الاجازة المتسلسل ١٩٩٢/٤/٢٢١

رقم الايداع لدى المكتبة الوطنية

١٩٩٢/٤/٢٤١

خطأ بني البشر من أعظم العبر

« تصويب أخطاء »

الخطأ	الصواب	الصفحة	السطر
بصورة	بصور	٢٥	٨
كفيل	كفيلاً	٤٦	١٤
المتضامنين	المتضامين	٥٩	١
باستلام	باستقلال	٦٩	١٨
الأخير	الآخر	٨٦	٣
خطابات	الخطابات	١٣٢	١٨
إبراهيم	إبرام	١٣٢	١٩
اعتماد	اعتمادا	١٤٦	١١
العميل	العمل	١٥٧	٢١
كل	كلاً	٢٣٣	١٧
رتبتها	رتبها	٢٣٧	١٧
واخير	واخيراً	٢٦٤	٢١
يكون	ان يكون	٢٧١	٢٤

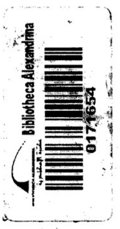
للمؤلف

١ ـ عقود التجارة الدولية في مجال نقل التكنولوجيا ١٩٨٨

٢ ـ القانون التجاري الأردني ـ الأوراق التجارية ١٩٩٠

٣ ـ عمليات البنوك ـ الجزء الأول ـ الكفالات المصرفية وخطابات الضمان ١٩٩٢

٤ ـ تصفية الشركات والبنوك يصدر بنهاية عام ١٩٩٢



الناشر : دار الجيب للنشر والتوزيع ـ عمان : الأردن

هاتف ٦٩٢٥٤٠ ـ فاكس ٦٩٢٥٤١ ـ ص.ب ٩٥٠٥٦٥

ثمن النسخة ستة دنانير